

Институт законодательства и сравнительного правоведения  
при Правительстве Российской Федерации

---

# МЕТОДОЛОГИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

Материалы  
научной конференции  
(Москва, 5 декабря 2011 г.)

Москва  
2012

УДК 340(082)  
ББК 67я43  
М54

*Редакционная коллегия:*

Ю.А. Тихомиров (ответственный редактор),  
В.И. Лафитский, А.Я. Капустин

*Редакторы:*

В.В. Иванчикова, Л.С. Колобова, М.Е. Черемисинова

Одобрено на секции Ученого совета Института законодательства  
и сравнительного правоведения при Правительстве РФ

**М54** **Методология сравнительного правоведения:** материалы конференции (Москва, 5 декабря 2011 г.) / отв. редактор Ю.А. Тихомиров. — М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2012. — 168 с.

ISBN 978-5-98209-127-7

В настоящем издании вниманию читателей представлены материалы научной конференции «Методология сравнительного правоведения», проведенной в Москве 5 декабря 2011 г. Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Статьи, вошедшие в данный сборник, посвящены общим методологическим вопросам, а также проблемам сравнительного анализа некоторых отраслей законодательства, новых институтов и законодательств в целом в рамках межгосударственных объединений.

Сборник будет интересен ученым, преподавателям, студентам и аспирантам, а также работникам государственных и международных структур.

**УДК 340(082)**  
**ББК 67я43**

© Институт законодательства и сравнительного  
правоведения при Правительстве  
Российской Федерации, 2012

ISBN 978-5-98209-127-7

Institute of Legislation and Comparative Law under  
the Government of the Russian Federation

---

# **METHODOLOGY OF COMPARATIVE LAW**

**Materials  
of scientific conference  
(Moscow, December 5, 2011)**

**Moscow  
2012**

*Editorial Board:*

Y.A. Tikhomirov (the editor-in-chief),  
V.I. Lafitsky, A.Y. Kapustin

*Editors:*

V.V. Ivanchikova, L.S. Kolobova, M.Y. Cheremisinova

**Methodology of comparative law:** materials of conference (Moscow, December 5, 2011) / the editor-in-chief Y .A. Tikhomirov. — M.: The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, 2012. — 168 p.

The book presents materials of the scientific conference «Methodology of comparative law» which has been held in Moscow by The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation. The articles of the book are devoted to the general methodological questions, problems of the comparative analysis in some branches of legislation, new institutions and legislations as a whole within the frames of interstate associations.

The book is addressed to scientists, professors, students and post-graduate students, and also representatives of the state and international structures.

## АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

- Бевеликова Н.М.** — и.о. заведующего отделом восточноазиатских правовых исследований ИЗиСП, кандидат юридических наук;
- Василевич Г.А.** — заслуженный юрист Республики Беларусь, доктор юридических наук, профессор;
- Кашкин С.Ю.** — заведующий кафедрой права Европейского Союза МГЮА им. О.Е. Кутафина;
- Кичигин Н.В.** — ведущий научный сотрудник отдела аграрного, экологического и природоресурсного законодательства ИЗиСП, кандидат юридических наук;
- Лафитский В.И.** — заместитель директора ИЗиСП, кандидат юридических наук, доцент;
- Лукьянова В.Ю.** — ведущий научный сотрудник отдела административного законодательства и процесса ИЗиСП, кандидат философских наук;
- Марченко М.Н.** — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации;
- Нерсесян В.С.** — старший научный сотрудник отдела теории и истории права и судебной власти Российской академии правосудия, кандидат технических наук, доцент;
- Плюгина И.В.** — старший научный сотрудник Центра публично-правовых исследований ИЗиСП, кандидат юридических наук;
- Семилютина Н.Г.** — заведующий отделом гражданского законодательства зарубежных государств ИЗиСП, доктор юридических наук;
- Стародубцева И.А.** — доцент кафедры конституционного права России и зарубежных стран юридического факультета ФГБОУ ВПО «Воронежский государственный университет»;

*Авторский коллектив*

**Тихомиров Ю.А.** — первый заместитель директора ИЖиСП, заслуженный деятель науки Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент Международной академии сравнительного права;

**Чертков А.Н.** — ведущий научный сотрудник отдела конституционного права ИЖиСП, кандидат юридических наук, доцент;

**Чиркин В.Е.** — главный научный сотрудник Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор.

## GROUP OF AUTHORS

- Bevelikova N.M.** — acting as a chief of the department of the East Asian legal researches of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation (hereinafter — ILCL), Ph.D;
- Vasilevich G.A.** — Honored Lawyer of the Republic of Belarus, LL.D., professor;
- Kashkin S.Y.** — chief of the department of the European Union Law of the Kutafin Moscow State Law Academy;
- Kichigin N.V.** — leading research fellow of the environmental and conservation legislation department of ILCL, Ph.D;
- Lafitsky V.I.** — deputy director of ILCL, Ph.D, associate professor;
- Lukianova V.Y.** — leading research fellow of the administrative legislation and procedure department of ILCL, Ph.D.;
- Marchenko M.N.** — LL.D., professor, Honored Scientist of the Russian Federation;
- Nersesian V.S.** — senior research fellow of the department of theory and law history and judicial power of the Russian academy of justice, doctor of engineering sciences, associate professor;
- Plyugina I.V.** — senior research fellow of the Centre of public legal researches of ILCL, Ph.D;
- Semilyutina N.G.** — chief of the department of civil legislation of foreign countries of ILCL, LL.D;
- Starodubtseva I.A.** — associate professor of the chair of constitutional law of Russia and foreign states of faculty of law of the Voronezh State University;
- Tikhomirov Y.A.** — first deputy director of ILCL, Honored Scientist of the Russian Federation, LL.D., professor, corresponding member of the International Academy of the Comparative Law;

*Group of authors*

**Chertkov A.N.** — leading research fellow of the department of constitutional law of ILCL, Ph.D, associate professor;

**Chirkin V.E.** — chief research fellow of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, LL.D, professor.



## СОДЕРЖАНИЕ

<i>Авторский коллектив</i> .....	13
<i>Предисловие</i> .....	13
<i>М.Н. Марченко</i> МЕСТО И РОЛЬ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ В СИСТЕМЕ НАУЧНЫХ И УЧЕБНЫХ ДИСЦИПЛИН .....	15
<i>Ю.А. Тихомиров</i> КРИТЕРИИ СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОГО АНАЛИЗА НАЦИОНАЛЬНЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВ .....	30
<i>В.И. Лафитский</i> О ПРЕДМЕТЕ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ И МЕТОДОЛОГИИ ЕГО ИССЛЕДОВАНИЯ .....	44
<i>В.Е. Чиркин</i> НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ МЕТОДОЛОГИИ И МЕТОДОВ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ .....	49
<i>Г.А. Василевич</i> ИНТЕРНАЦИОНАЛИЗАЦИЯ ПРАВА КАК ОБЪЕКТИВНЫЙ ПРОЦЕСС .....	54
<i>В.С. Нерсесян</i> ПЕРВИЧНЫЙ ПОНЯТИЙНО-ПРАВОВОЙ КРИТЕРИЙ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ .....	69
<i>С.Ю. Кашкин</i> МЕСТО СРАВНИТЕЛЬНОГО И ИНТЕГРАЦИОННОГО ПРАВА В РАЗВИТИИ СОВРЕМЕННОГО ПРАВА .....	75
<i>Н.Г. Семилютин</i> ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЕДИНОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО ПРОСТРАНСТВА (НА ПРИМЕРЕ ФОРМИРОВАНИЯ ИНТЕГРИРОВАННОГО ВАЛЮТНОГО РЫНКА) .....	89

*Содержание*

*В.Ю. Лукьянова*

**ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ФОРМИРОВАНИЯ  
ЕДИНОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО ПРОСТРАНСТВА..... 100**

*А.Н. Чертков*

**О ТЕНДЕНЦИЯХ РАЗВИТИЯ  
СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ  
НА ПРИМЕРЕ СТАТУСА ЧЕЛОВЕКА  
В ПРАВОВОМ ПРОСТРАНСТВЕ ..... 109**

*И.А. Стародубцева*

**СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ ПОДХОД  
К МЕХАНИЗМУ ОГРАНИЧЕНИЯ  
КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД  
ЛИЧНОСТИ .....119**

*И.В. Плюгина*

**ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ ПРАВОВОГО СТАТУСА  
ИНОСТРАННЫХ ГРАЖДАН В СПЕКТРЕ ВЛИЯНИЯ  
ИНТЕГРАЦИОННЫХ ПРОЦЕССОВ ..... 128**

*Н.В. Кичигин*

**РОССИЙСКОЕ И ЗАРУБЕЖНОЕ  
ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО:  
ОБЩЕЕ И ОСОБЕННОЕ ..... 137**

*Н.М. Бевеликова*

**СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ  
РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА  
КИТАЯ И РОССИИ ..... 152**

# TABLE OF CONTENTS

<b><i>Group of authors</i></b> .....	13
<b><i>Preface</i></b> .....	13
 <i>M.N. Marchenko</i> <b>PLACE AND ROLE OF COMPARATIVE LAW IN THE SYSTEM OF SCIENTIFIC AND EDUCATIONAL SUBJECTS</b> .....	15
 <i>Y.A. Tikhomirov</i> <b>CRITERIA OF COMPARATIVE-LAW ANALYSIS OF NATIONAL LEGISLATIONS</b> .....	30
 <i>V.I. Lafitsky</i> <b>ABOUT A SUBJECT OF COMPARATIVE LAW AND METHODOLOGY OF ITS RESEARCH</b> .....	44
 <i>V.E. Chirkin</i> <b>SOME ASPECTS OF COMPARATIVE LAW METHODOLOGY AND METHODS</b> .....	49
 <i>G.A. Vasilevich</i> <b>INTERNATIONALIZATION OF LAW AS AN OBJECTIVE PROCESS</b> .....	54
 <i>V.S. Nersesian</i> <b>PRIMARY CONCEPTUALLY-LEGAL CRITERIA OF COMPARATIVE LAW</b> .....	69
 <i>S. Y. Kashkin</i> <b>PLACE OF THE COMPARATIVE AND INTEGRATION LAW IN THE DEVELOPMENT OF THE MODERN LAW</b> .....	75
 <i>N.G. Semilyutina</i> <b>LEGAL ISSUES OF THE UNIFORM ECONOMIC SPACE (ON AN EXAMPLE OF THE INTEGRATED CURRENCY MARKET FORMATION)</b> .....	89

*Table of contents*

*V.Y. Lukianova*

**LEGAL ISSUES OF THE UNIFORM  
ECONOMIC SPACE FORMATION .....100**

*A.N. Chertkov*

**ABOUT TENDENCIES OF COMPARATIVE  
JURISPRUDENCE DEVELOPMENT  
ON AN EXAMPLE OF THE STATUS  
OF PERSON IN LEGAL SYSTEM .....109**

*I.A. Starodubtseva*

**COMPARATIVE-LAW APPROACH  
TO THE MECHANISM OF CONSTITUTIONAL  
LAWS AND PERSONAL FREEDOMS  
RESTRICTION ..... 119**

*I.V. Plyugina*

**DIFFERENTIATION OF LEGAL STATUS  
OF FOREIGN CITIZENS IN A RANGE  
OF INTEGRATION PROCESSES INFLUENCE ..... 128**

*N.V. Kichigin*

**THE RUSSIAN AND FOREIGN ECOLOGICAL  
LEGISLATION: GENERAL AND SPECIAL  
FEATURES ..... 137**

*N.M. Bevelikova*

**THE LEGISLATION OF THE PEOPLE REPUBLIC  
OF CHINA IN COMPARATIVE-LAW ASPECT .....152**

## ПРЕДИСЛОВИЕ

Правовая карта мира становится все более разнообразной и сложной. Появляются новые государства, меняются некоторые государственные образования, нарастают интеграционные связи государств. А это отражается на масштабах и динамике форм правового регулирования как в отдельных странах, так и в их объединениях и в мировом сообществе. Увеличивается и усложняется круг объектов правовых сравнений, поэтому в познавательном процессе неизбежны ошибки, ведущие к неверным оценкам, решениям и практическим действиям.

Поиски общего при сохранении и обогащении национально-специфического в правовой сфере отражают подвижное соотношение таких явлений, как стабильность суверенитета государств, с одной стороны, и жесткие императивы глобализации — с другой. Общественная практика предъявляет новые требования к методологии и теории сравнительного правоведения. В современном мире уже нельзя ограничиться информацией о правовых «соседях» и «партнерах», поскольку они находятся во взаимодействии между собой. Соответственно, меняются и усложняются процессы правотворчества и правоприменения, а также объекты и методы сравнения правовых явлений. Объективный выбор целей и критериев сравнительно-правового анализа становится теоретической и практической задачей. От ее решения во многом зависят темпы и уровень социально-экономических и иных процессов в каждой стране и в мировом сообществе, а также создание благоприятных правовых условий для жизни граждан на основе обмена и использования богатой правовой информации и успешная деятельность государственных и иных институтов, бизнес-структур, организаций и учреждений.

Все это побудило Институт провести 5 декабря 2011 г. научную конференцию «Методология сравнительного правоведения». Ее итогом явился сборник статей ученых-юристов, который предлагается вниманию читателей. В нем помещены статьи как по общим методологическим вопросам, так и по проблемам сравнительного анализа отдельных отраслей законодательства, новых институтов и законодательств в целом в рамках межгосударственных объединений. Материалы конференции открывают публичные слушания Института по проблемам сравнительного правоведения, которые впредь будут проходить ежегодно.

*Ю.А. Тихомиров*

## PREFACE

The world's legal map becomes more different and complex. There are new states, some state formations change, integration communications of the states accrue. And it is reflected in scales and dynamics of forms of legal regulation both in the separate countries, and in their associations and in the world community. The circle objects of legal comparisons increases and becomes complicated. Therefore, in informative process the errors conducting to incorrect estimations, decisions and practical actions are inevitable.

Searches of common at preservation and enrichment of national specifics in legal sphere reflect the mobile parity of such phenomenons as stability of the sovereignty of the states, on the one hand, and rigid imperatives of globalization on the other hand. Social practice creates new demands to the methodology and theory of comparative law. In the modern world it is impossible to be limited by the information on legal "neighbors" and "partners" as they are in the mobile interaction among themselves. Accordingly processes of lawmaking and law enforcement, and also objects and methods of the legal phenomenons comparison change and become complicated. The objective choice of the purposes and criteria of the comparative-law analysis becomes a theoretical and practical problem. Rates and level of social, economic and other processes depend on its solution in each country and in the world community, and also creation of the favorable legal conditions for life of citizens on the basis of an exchange and use of wide legal information and successful activity of state bodies and other institutes, business structures, the organizations and establishments.

Beforesaid has induced the Institute to organize scientific conference "Methodology of Comparative Law" on December 5th, 2011. It resulted in the collection of articles of scientists-lawyers which it is offered to attention of readers. The articles on the general methodological aspects and problems of the comparative analysis of separate branches of legislation, new institutes and legislation as a whole within the limits of interstate associations are placed in the collection. The Conference materials highlights public hearings on the problems of comparative law which will be held in the Institute annually.

*Y.A. Tikhomirov*

---

---

---

М.Н. Марченко,  
заслуженный деятель науки Российской Федерации  
доктор юридических наук, профессор  
(МГУ им. М.В. Ломоносова)

## **МЕСТО И РОЛЬ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ В СИСТЕМЕ НАУЧНЫХ И УЧЕБНЫХ ДИСЦИПЛИН**

В плане глубокого и всестороннего познания сравнительного правоведения важное значение имеет, с одной стороны, определение *характера отношений* сравнительного правоведения как дисциплины с «прилегающими» к ней научными и учебными дисциплинами, а с другой — выявление выполняемых сравнительным правоведением *функций*.

Говоря о последних, следует заметить, что в научном и образовательном мировом сообществе, судя по соответствующим программам, значительное место и роль отводятся *образовательным функциям* сравнительного правоведения. Им, как правило, не дается какого-либо определенного названия. Более того, в научных источниках имеет место некоторая путаница, когда в одних случаях говорится об одном и том же функциональном явлении во множественном числе как о функциях сравнительного правоведения применительно к юридическому образованию, а в других — в единственном числе как о соответствующей его функции.

Однако, как бы там ни было, дело не в названии, а в его сути и содержании. А суть вопроса состоит в следующем: как «вписывается» сравнительное правоведение в систему юридических наук и юридического образования, какое место оно в этой системе занимает и какую роль при этом играет, какое влияние оказывает сравнительное правоведение на уровень подготовки юридических кадров и на всю систему юридического образования.

Вопросы для представителей зарубежной системы юридического образования далеко не новы, а тем более далеко не оригинальны. Они обсуждаются ими и с разной степенью успешности решаются уже на протяжении более чем полутора столетий, с тех пор как первые курсы сравнительного правоведения появились в вузах сначала Франции, Великобритании, а затем и ряда других западных стран.

Однако, несмотря на столь долгую историю развития образовательных функций сравнительного правоведения, многие вопросы,

касающиеся не столько их названия, сколько их роли и содержания, важности сравнительного правоведения как учебной дисциплины, по-прежнему остаются спорными, до конца не решенными. Таковыми они являются и для отечественной системы юридического образования, практически не имеющей традиций изучения сравнительного правоведения.

Сейчас нередко возникают и обсуждаются вопросы о необходимости введения новых курсов лекций по сравнительному правоведению, о важности знаний по сравнительному правоведению для студентов и др. В постановке и обсуждении этих вопросов прослеживается своеобразная историческая последовательность, то есть на каждом этапе развития системы юридического образования в разных странах наблюдается один и тот же вполне естественный процесс подготовки и обсуждения одних и тех же академических вопросов, касающихся наиболее эффективных учебных планов по сравнительному правоведению и соответствующих учебных программ.

Необходимость и важность изучения сравнительного правоведения в отечественных и зарубежных юридических вузах обуславливается многими объективными и субъективными факторами.

Среди них в научной и учебной юридической литературе указывается, в частности, на то, что *изучение сравнительного правоведения помогает глубже понять свою собственную правовую систему*<sup>1</sup>. Сравнительное правоведение дает возможность юристу по-новому взглянуть на свою правовую систему и оценить ее как бы со стороны, «с определенной дистанции»<sup>2</sup>. В результате такого рассмотрения может выясниться, что те из многочисленных правовых норм и институтов, которые раньше воспринимались как присущие всем цивилизованным обществам и правовым системам, в действительности возникли в силу исторических причин или географических факторов лишь в пределах одной, своей собственной, правовой системы и что все остальные правовые системы мира или большинство из них прекрасно существуют и функционируют вовсе без них. Из этого следует, что сходные проблемы, которые возникают в обществе или правовой системе и решаются с помощью этих норм и институтов, возможно, могут решаться гораздо проще и эффективнее другим путем, на основе иных норм и институтов.

Вместе с тем при изучении сравнительного правоведения может обнаружиться, что те из теоретически и практически важных правовых институтов и норм, которые традиционно считались сугубо

<sup>1</sup> См.: *David R. and Brierly A. Major Legal Systems. N.Y., 1979. P. 5–9.*

<sup>2</sup> См. : *Bogdan M. Comparative Law. Kluwer, 1994. P. 28.*



местными, локальными, присущими только одной правовой системе, на самом деле имеют корни в других правовых системах<sup>1</sup>.

Среди причин, вызывающих необходимость введения курсов сравнительного правоведения в учебные планы юридических вузов, в научной и учебной литературе указывается также на то, что его изучение способствует углублению понимания национального и международного порядка, взятого «в самом широком философском, историческом и социологическом смысле» и рассматриваемого не только с позиций сегодняшнего дня, но и в плане ближайшей и отдаленной перспективы<sup>2</sup>.

Изучение сравнительного правоведения не только способствует ет расширению общего кругозора студентов-юристов, но и помогает выработке у них критического подхода к праву и различным явлениям правовой жизни, развитию чувства ответственности за все то, что происходит в мире и в своей стране, накоплению у них высоких духовных ценностей и усвоению подлинных человеческих идеалов.

Система юридического образования, предполагающая изучение не только узкоспециальных, но и тесно связанных с ними исторических, философских, с равнительно-правовых и и ных дисциплин, способна подготовить высокопрофессионального, эрудированного, самостоятельно политически и юридически мыслящего специалиста. В противном случае продуктом юридического образования могут стать профессиональная несостоятельность, узость мышления, духовная нищета.

Наряду с образовательными функциями сравнительное правоведение выполняет значительные по своей социальной роли функции в области государственно-правовых научных исследований. Как междисциплинарная и одновременно многодисциплинарная юридическая наука оно способно оказывать огромное позитивное влияние не только на общетеоретические или исторические исследования, но и на научные разработки в области отраслевых юридических наук. Об этом свидетельствуют, в частности, многочисленные монографии, учебники и учебные пособия по сравнительному правоведению, издаваемые в разных странах специальные журналы, а также научные статьи.

По мере развития данной отрасли знаний поток научных публикаций по сравнительному правоведению становился не только шире, но и глубже. Все большее количество работ , опубликованных по

<sup>1</sup> См .: *Bogdan M. Comparative Law*. Kluwer, 1994. P. 28.

<sup>2</sup> См.: *Mehren A. An Academic Tradition for Comparative Law // The American Journal of Comparative Law*. 1971. Vol. 19. P. 626.

сравнительно-правовой тематике, имеет не только на учно-информационный, сугубо познавательный, но и ярко выраженный академический, исследовательский характер.

Выделяя три стадии развития сравнительного правоведения как относительно самостоятельной отрасли знаний, один из членов редколлегии журнала «Американский журнал сравнительного права» Б. Козолчук писал еще в середине 1970-х гг, что большинству работ по компаративистике, подготовленных на первой стадии развития сравнительного правоведения как научной дисциплины — с конца XIX в. и до окончания Второй мировой войны, был свойствен в основном «таксономический», познавательный характер. От компаративистов требовалось, чтобы они могли отличать лишь в самых общих чертах «континентальное право» от «общего», религиозные нормы от нерелигиозных, а также проводить различие между правовыми институтами, именуемыми капиталистическими и социалистическими<sup>1</sup>.

На второй стадии развития сравнительного правоведения, охватывающей период с середины 1940-х гг. и вплоть до середины 1970-х гг., ситуация коренным образом изменилась. Работы стали сугубо академическими и исследовательскими. В отличие от первой стадии развития сравнительного правоведения, когда авторы-компаративисты в своих научных изысканиях «очень редко выходили за рамки законодательных и доктринальных текстов и очень редко поднимались до уровня сравнительного анализа конкретной материи — отдельных отраслей, норм права и институтов», на второй стадии сосредоточились на таких сферах реализации права в разных странах, как торговля, финансы, банковское дело, инвестиции<sup>2</sup>.

Одна из причин такой эволюции научных сравнительно-правовых исследований и сосредоточения внимания прежде всего на указанных сферах заключается в материальных стимулах. Дело в том, что именно эти сферы «приложения» права в разных странах, их сравнительное изучение и изложение дают возможность исследователям получать не только глубокое моральное, но и материальное удовлетворение. Это те сферы, которые, по общему мнению западных авторов, дают возможность работающим в них компаративистам «зарабатывать не только на хлеб, но и на масло».

---

<sup>1</sup> См.: *Kozolchuk B.* Trends in Comparative Legal Research: apropos Dainow s the Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions // *The American Journal of Comparative Law.* 1976. Vol. 24. P. 109, 110.

<sup>2</sup> *Ibid.* P. 110.

Эти же причины подвигли исследователей-компаративистов на поиски научной истины и в других жизненно важных сферах, а также на сравнительный анализ основных правовых институтов как в области частного, так и в области публичного права<sup>1</sup>.

Из-за усилившихся за послевоенный период экономических, финансовых, торговых и иных взаимосвязей между различными, и прежде всего западными, странами резко возросла потребность в сравнительном анализе судебной и административной практики этих стран, усилился спрос на сравнительное исследование нормативно-го материала.

На современном этапе развития сравнительного правоведения как научной дисциплины западные авторы-компаративисты вновь концентрируют основное внимание не только на сравнительном анализе эмпирического материала в виде конкретных норм, отраслей права и институтов, но и на теоретических аспектах развития данной дисциплины — концептуальных и доктринальных<sup>2</sup>.

Органическое сочетание разнородного эмпирического материала, включающего как общие, «глобальные», так и корпоративные, локальные нормы, составляющие систему норм муниципального права и других находящихся в поле зрения исследователей в настоящее время отраслей и подотраслей права, с фундаментальным, теоретическим материалом позволяет составить полное представление как о характере, так и о тенденциях развития сравнительного правоведения на современном этапе.

Среди последних особое внимание привлекает тенденция комплексного познания сравнительно-правовой материи, исследования ее не самой по себе, а во взаимосвязи и взаимодействии с процессом изучения неправовой материи. В качестве исходного положения вполне обоснованно берется тезис о невозможности глубокого и всестороннего исследования сложной, многоаспектной и многоуровневой сравнительно-правовой материи вне контекста социологической, исторической, политологической и иной материи.

Сравнительное правоведение, справедливо отмечалось в научной литературе, по своей природе как комплексная, междисциплинарная отрасль знаний требует к себе соответствующего подхода.

Идеальным в процессе проведения сравнительно-правовых исследований является такое положение, когда компаративист владеет иностранными языками, хорошо знает не только правовые системы

<sup>1</sup> См.: *Rabel N. The Conflict of Laws / A Comparative Study. L., 1942; Schlesinger J. (ed). Formation of Contracts / A Study of the Common Core of Legal Systems. N.Y., 1968.*

<sup>2</sup> См.: *Kozolchuk B. Op. cit. P. 111.*

рассматриваемых стран, но и их историю, культуру, экономику, политику, разбирается в национальных и иных традициях, функционирующих на территории этих стран, понимает их обычаи.

Среди других тенденций на ученого познания сравнительно-правовой материи на современном этапе следует указать: а) выделение в качестве предмета исследования общих черт и особенностей не только норм права различных, сравниваемых между собой правовых систем, но и других компонентов правовой материи (правосознания, правопонимания, правовой культуры, правовой политики и идеологии); б) исследование нормативно-правового массива сравниваемых стран как такового не только и даже не столько в целостном виде, сколько дифференцированно в зависимости от иерархии норм и их принадлежности к различным отраслям и институтам права; в) учет сложности, множественности и разнообразия источников права различных правовых семей и систем права, выявление их сходства и различия; г) принятие во внимание того неоспоримого факта, что на современном этапе развития общества различные правовые семьи и системы в силу нарастающих экономических, политических, торговых и иных связей между странами не только сближаются друг с другом, но и взаимопроникают друг в друга; д) учет относительности характера деления всего правового массива на различные группы правовых систем — семей, выделение различных уровней сравнительно-правового исследования и др.<sup>1</sup>

Кроме названных тенденций, прослеживающихся в процессе сравнительно-правового исследования на современном этапе, следует указать также на тенденцию органического сочетания концептуального (доктринального) анализа рассматриваемой материи с эмпирико-прагматическим подходом или анализом. В результате в поле зрения компаративистов попадают не только правовые системы как целостные образования, но и их отдельные составные части — компоненты. В их числе: правовая культура; правовые институты; роли, выполняемые сторонами — участниками правового процесса; уголовно-правовой, административно-правовой, гражданско-правовой процесс и др.<sup>2</sup>

Наряду с академическими, образовательными целями сравнительное правоведение решает также сугубо прагматические, прикладные задачи, выполняет практически значимые функции.

<sup>1</sup> См.: *Kozolchuk B.* Op. cit. P. 100–109; *Merryman Y.* Scientific Explanation // *Hazard J., Wagner W.* (eds). *Law in the United States of American in Social and Technological Revolution.* Brussels, 1974. P. 88–97.

<sup>2</sup> См.: *Dogan M., Kazansigil A.* (eds). *Comparing Nations: Concepts, Strategies, Substance.* Oxford, 1995. P. 7–11; *Hazard J., Wagner W.* (eds.) Op. cit. P. 87.

Некоторые отечественные издания по конституционному праву иногда сводят эти задачи к функции, по вполне понятным для современной России причинам, заимствования отдельных норм, актов, принципов, положений и институтов из правовых систем других стран, в частности западных.

«Конституционная реформа в Российской Федерации, — отмечается в связи с этим в одном из учебных пособий по государственному праву зарубежных стран, — во многом представляет собой процесс и результат заимствования положений и институтов из государственно-правовых систем США, Франции, Германии, Скандинавии», следовательно, «знания о государственном праве этих и других стран способны принести реальную пользу, дают возможность применять сложившуюся за рубежом и подтвержденную временем практику», в качестве примера приводится «российская модель правовой охраны Конституции», которая близка к немецкой и которая, следовательно, порождает причины «внимательно отнестись к опыту работы Конституционного суда ФРГ»<sup>1</sup>.

Заимствование норм, принципов, положений и институтов из государственно-правовых систем других стран, несомненно, представляет собой весьма важный аспект содержания прикладной функции сравнительного правоведения. Но все же это лишь один аспект одна из сторон той огромной и разносторонней практической роли, которую играет сравнительное правоведение в жизни международного и национального сообщества и государства<sup>2</sup>.

Среди других сторон выполняемой им роли следует обратить внимание на такие, как: воздействие сравнительного правоведения и процесса правотворчества одних стран на аналогичные процессы, происходящие в других странах; влияние сравнительного правоведения на правоприменительный, в особенности судебный процесс; возрастающее воздействие сравнительного правоведения на правоохранительный процесс и усиление его роли и влияние на процесс унификации и гармонизации права.

Анализируя современное состояние сравнительного правоведения, компаративисты многих стран указывают на то, что по сравнению с довоенными годами своего развития сравнительное правоведение как самостоятельная отрасль знаний в конце XX столетия не только укрепилось в академическом плане, но и усилило свои позиции в практическом плане.

<sup>1</sup> Арановский К.В. Курс лекций по государственному праву зарубежных стран: Сравнительное государственное право. Владивосток, 1996. С. 4.

<sup>2</sup> См.: Kojima T. The Second Task of Comparative Law to Transplant Foreign Laws // Asia Pacific Law Review. 1994. № 1. P. 53–60.

В течение длительного времени, подчеркивает голландский исследователь Т. Коопманс в статье «Сравнительное право и суды», эта дисциплина рассматривалась в основном с академических позиций. Это было хотя и трудное, но, несомненно, весьма интересное занятие: ведь каждому юристу всегда хочется знать что-то новое о праве, «пусть и не относящееся к его повседневной жизни». В этот период практикующие юристы, безусловно, понимая важность сравнительного правоведения теоретически, не придавали ему по одобряющего значения практически.

За последние десятилетия «правовой климат во всем мире существенно изменился». Все чаще сравнительно-правовой материал стал использоваться как источник не только законодательных, но и судебных решений. Причин для этого много. Это и европейская интеграция, и сближающая все страны мира экономическая кооперация, и просто практическая потребность юристов каждой страны «при разрешении новых правовых проблем иметь представление о том, как решаются они в других странах»<sup>1</sup>.

Укрепление и расширение «нашей глобальной деревни», — развивает данные идеи об усилении в настоящее время практической значимости сравнительного правоведения английский юрист Ф. Мостэрт, — раскрыли перед нами, «гражданами мира», невиданные до сих пор перспективы не только экономического, политического и финансового взаимодействия, но и перспективы правового кооперирования<sup>2</sup>.

Возрастание теоретической и практической значимости сравнительного правоведения, констатирует китайский исследователь В. Ченгуанг, позволило юристам из разных стран в последние годы не только лучше понимать свою собственную действующую правовую систему, но и намного удачнее подыскивать модели для ее совершенствования<sup>3</sup>. На это же нередко обращается внимание и в американской литературе, с упором, как правило, на то, что возрастание практической значимости сравнительного правоведения должно послужить также защите национальных интересов США<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Koopmans T. Cooperative Law and the Courts // International and Comparative Law Quarterly. 1996. № 3. P. 545.

<sup>2</sup> См.: Mostert F. Well — Known and Famous Marks: is Harmony Possible in the Global Village? // The Trademark Reporter. 1996. № 2. P. 103, 104.

<sup>3</sup> См.: Chenguang W. Learning from and Absorbing the Laws of Different Countries — An Important Subject in Comparative Law Research // Asia Pacific Law Review. 1994. № 1. P. 63.

<sup>4</sup> См.: Baade H. Comparative Law and the Practitioner // The American Journal of Comparative Law. 1983. Vol. 31. P. 499—510.

Рассматривая конкретные проявления практической значимости сравнительного правоведения для жизнедеятельности каждого национального сообщества и мирового сообщества в целом, обратим внимание прежде всего на усиление его роли и влияния на процесс правотворчества.

Неслучайно известные немецкие компаративисты К. Цвайгерт и Х. Кётц в процессе анализа функций сравнительного правоведения и основных направлений его воздействия на окружающую правовую среду обращали внимание в первую очередь на его «законотворческую» направленность. Рассматривая сравнительное правоведение в качестве «инструмента законотворчества», они не без оснований указывали на то, что по сравнению с другими направлениями его воздействия, такими, например, как «на учное», для применения сравнительного правоведения «в законотворческой практике» характерной всегда была непрерывность его проявления<sup>1</sup>.

Это выражалось, в частности, в том, что в процессе правотворчества одних стран нередко использовались законодательные процедуры, принципы, формы и приемы правотворчества других стран. Широко применялись различные методы законодательной деятельности. Из сферы законодательства одних стран в законодательную сферу деятельности других периодически переносились различные теории, доктрины, представления и видение оптимального правотворческого процесса, наиболее эффективного использования в правотворчестве различных стран институтов и форм представительной и непосредственной демократии. Причем, как справедливо отмечает американский компаративист Дж. Зафирион в статье «Использование сравнительного права законодателем», практика взаимного использования опыта правотворческой деятельности вовсе не ограничивается пределами отдельных государств или регионов. Она имеет повсеместный, массовый характер и к тому же распространяется, в случаях с федерациями и конфедерациями, на составляющие их государства и государственные образования<sup>2</sup>.

Сравнительное правоведение «имеет дело» не только с правовыми системами и законодательным процессом на уровне отдельных стран. Оно также касается правовых систем и законодательных процессов внутри них самих — на уровне отдельных земель, провинций или штатов<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 1998. С. 83.

<sup>2</sup> См.: Zaphirion G. Use of Comparative Law by the Legislator / Hazard J., Wagner W. (eds.). Law in USA for the 1980-s // The American Journal of Comparative Law. 1982. Vol. XXX. P. 71–95.

<sup>3</sup> Ibid. P. 71.

Практическая значимость сравнительного правоведения имеет многообразные проявления. Одним из них является повышение роли сравнительного правоведения в процессе унификации и гармонизации права.

В отечественной и зарубежной литературе понятия «унификация» и «гармонизация» трактуются не всегда одинаково. В Словаре русского языка «унификация» понимается как «приведение к единообразию», а «гармонизация» — как «стройное сочетание, взаимное соответствие» предметов, явлений, частей целого, качеств и т.п.»<sup>1</sup>.

Применительно к правовой материи — правовым системам, отраслям, нормам и институтам права, наконец, к законодательству — *унификация* рассматривается в виде разработки и введения в действие «общеобязательных единообразных юридических норм». В свою очередь, *гармонизация* представляется как согласование «общих подходов, концепций развития национальных законодательств», а также как процесс выработки «общих правовых принципов и отдельных решений»<sup>2</sup>.

Сравнивая трактовки данных понятий, нетрудно заметить, что если смысл первого — унификации — усматривается в разработке и введении в действие единообразных правовых норм, то смысл второго — гармонизации — видится лишь в согласовании общих подходов, концепций, а также в выработке общих правовых принципов и отдельных решений.

В отечественной литературе понятия «унификация» и «гармонизация» наряду со «сближением законодательства» и принятием модельных правовых актов рассматриваются иногда как основные направления и формы проведения «согласованного правового развития государств»<sup>3</sup>. Такое или ему подобное толкование унификации и гармонизации, несомненно, заслуживает внимания и имеет полное право на существование, хотя оно не всеми поддерживается и разделяется<sup>4</sup>.

В чем заключается практическая значимость сравнительного правоведения в отношении процессов унификации различных правовых систем? Как она проявляется?

Отвечая на эти вопросы, следует иметь в виду, что унификация права как процесс, связанный с попытками приведения различных

<sup>1</sup> См.: Словарь русского языка: в 4 т. Т. I, IV. М., 1984. С. 301, 498.

<sup>2</sup> Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 75; См. также: International Encyclopedia of Comparative Law. N.Y., 1973. Vol. II. Ch. 5. P. 6.

<sup>3</sup> Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 75, 76.

<sup>4</sup> См.: Давид Р. Основные правовые системы современности (сравнительное право). М., 1967. С. 31.



правовых систем и отдельных их составных частей к некоему общему знаменателю, и как результат данного процесса имеет весьма длинную и богатую историю. На национальном и региональном уровнях идея унификации, как свидетельствуют научные исследования, уходит корнями в глубокую древность. На мировом же уровне унификация стала особенно широко применяться лишь в конце XVIII в. и в первой половине XIX в. под прямым воздействием быстро расширяющихся между различными странами торговых, финансовых и иных связей.

Если раньше об унификации права на мировом уровне можно было вести речь преимущественно в теоретическом плане, то на данном и на всех последующих этапах развития сравнительного правоведения и института унификации о последнем следует уже говорить прежде всего в практическом плане. Именно потребности юридической практики, справедливо замечает П. Круз, вызванные бурным развитием международной торговли в XIX в., обусловили появление «унифицированных международно-правовых конвенций», касающихся международного частного права, коммерческого права, трудового и торгового права, права интеллектуальной и «индустриальной» собственности, транспортного и некоторых других институтов и отраслей материального и отчасти процессуального права<sup>1</sup>.

Практическая значимость и потребность в унификации права на международном, национальном и региональном уровнях сохраняет приоритет перед всеми иными факторами и на современном этапе развития общества и государства. Они же в решающей мере обуславливают и характер взаимосвязей и взаимодействия между унификацией права, с одной стороны, и сравнительным правоведением — с другой.

Разумеется, что на всех этапах развития институтов унификации и сравнительного правоведения характер этого взаимодействия теоретически и практически никогда не оставался неизменным. Однако его основные параметры, основные пути и направления остаются постоянными. Конкретное проявление это находит в следующем.

Во-первых, с помощью сравнительно-правовых исследований, путем выявления общего и особенного в сравниваемых правовых системах создается реальная база для унификации содержащихся в них правовых норм, принципов, идей, подходов к разрешению спорных вопросов, отдельных правовых институтов.

---

<sup>1</sup> См.: Cruz P. Comparative law in a changing world. L., 1995. P. 23.

Во-вторых, сравнительно-правовые исследования, а точнее материал, полученный в результате этих исследований, позволяет найти оптимальные формы проведения унификации права, наиболее эффективные методы и средства ее осуществления.

В научной и учебной литературе по сравнительному правоведению этой стороне вопроса обычно уделяется особое внимание. В частности, отмечается, что существующее многообразие методов и средств унификации права — это тот факт, который не должен в какой бы то ни было мере игнорироваться. Ибо он не только может сыграть позитивную роль, но и послужить преградой на пути унификации материального и процессуального права<sup>1</sup>.

В-третьих, сравнительно-правовые исследования позволяют определить и в каждом конкретном случае обстоятельно раскрыть различные виды унификации права, ее уровни и стадии.

Так, в зависимости от предмета унификации можно говорить, например, об унификации материального и процессуального права. Первая имеет дело с единообразным регулированием отношений, опосредуемых нормами конституционного, гражданского, трудового, семейного, материального права и других его отраслей и подотраслей. А другая, процессуальная, унификация непосредственно ассоциируется с нормами процессуального права, «с введением единых правил рассмотрения в судах и внешнеторговых арбитражных спорах с иностранным элементом»<sup>2</sup>.

В зависимости от объема и масштабов унификации права сравнительно-правовые исследования позволяют выделять и анализировать такие относительно самостоятельные уровни унификации, как федеральный (в рамках отдельных федераций), конфедеральный (в пределах различных конфедераций), региональный (в пределах европейских, латиноамериканских, африканских и других географически примыкающих друг к другу стран) и мировой (в масштабе всех существующих в мировом сообществе государств)<sup>3</sup>.

Примерами унификации права на федеральном и конфедеральном уровнях могут служить договоры, соглашения, модельные законодательные акты и иные формы и методы, направленные на унификацию законодательства, принимаемого, с одной стороны, высшими органами государственной власти и управления федерации (конфедерации), а с другой — органами субъектов федерации (кон-

<sup>1</sup> См.: International Encyclopedia of Comparative Law. N.Y., 1973. Vol. II. Ch. 5. P. 34.

<sup>2</sup> Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 97.

<sup>3</sup> См.: Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: справочник. М., 1993.

федерации). Унифицированные по своей природе акты существуют в Австралии, Канаде, Германии, США и других странах.

В-четвертых, сравнительно-правовые исследования позволяют четче установить возможности и пределы унификации права, точнее определить оптимальные условия ее проведения, полнее выявить совокупность факторов, способствующих или, наоборот, препятствующих унификации права.

Унификация права, проводимая на любом уровне и в любой форме, — это не самоцель, а скорее средство, точнее, одно из многочисленных средств решения стоящих перед тем или иным сообществом экономических, социальных и иных проблем.

Европейское право, будучи по характеру унифицированным, как отмечает Б.Н. Топорнин, выступает одновременно и как продукт, и как «инструмент интеграции, развернувшейся в Западной Европе». Аналогично дело обстоит и в других регионах, с той, однако, разницей, что зачастую правовая унификация не столько обуславливается, сколько предшествует экономической, политической, социальной и иной интеграции или же, по крайней мере, расширению связей и взаимодействия государств в данных сферах.

Будучи одним из средств решения стоящих перед региональным или любым иным сообществом проблем, унификация как явление и социально-правовой институт, естественно, имеет свои, обусловленные объективными и субъективными факторами пределы.

Среди объективных факторов, оказывающих значительное влияние на процесс унификации права и предопределяющих его пределы, следует назвать экономические (уровень развития экономики в разных странах и интенсивность межгосударственных экономических связей), политические (характер политических отношений между различными государствами и стремление их к развитию или, наоборот, к свертыванию торговых, финансовых или иных связей), географические (степень близости или удаленности друг от друга государств, что имело немаловажное значение особенно в XIX — начале XX в.), психологические (степень сходства национальных и иных традиций, привычек, «уровней стандартизации жизни») и др.<sup>1</sup>

К субъективным факторам следует отнести степень стремления законодателей разных стран к установлению и развитию долгосрочных экономических и иных связей, а вместе с тем и к развитию обусловленного данным стремлением процесса унификации права. Ибо невозможно, даже при самом большом желании, установить на

---

<sup>1</sup> См. : *Irakeson R. Comparative Conflict of Laws. Oxford, 1974. P. 217–223.*

длительное время стабильные экономические и иные межгосударственные связи, не унифицировав или хотя бы в минимальной степени не согласовав между собой действующее в данных сферах законодательство.

Объективные и субъективные факторы, оказывающие непосредственное влияние на процесс унификации права и предопределяющие пределы развития данного процесса, никогда не существуют изолированно, независимо друг от друга. В реальной жизни они всегда взаимосвязаны между собой, взаимодействуют друг с другом и взаимозависимы друг от друга.

В-пятых, сравнительные исследования помогают выработать способствующие развитию процесса унификации права общую понятийную и терминологическую систему, общую или хотя бы сходную для всех государств правовую идеологию, выявить особенности унификации различных правовых семей и систем.

Общая понятийная и терминологическая система, так же как и правовая идеология, имеет весьма важное для унификации права не только теоретическое, но и практическое значение<sup>1</sup>. Они важны прежде всего для правоприменительной и в особенности для судебной и арбитражной деятельности различных стран.

Исключительную значимость при этом имеют не только и даже не столько одинаковые термины и понятия, используемые в той или иной правовой системе, сколько вкладываемый в них смысл, их содержание.

Как справедливо отмечают некоторые компаративисты, одинаковые термины и «формулировки» различных понятий в правовых системах многих стран могут породить иллюзию легкости их использования в практических целях. «Однако национальная судебная практика свидетельствует о существенных различиях в понимании сути этих понятий, с криваемой за в нешне о динаковой с ловесной формой»<sup>2</sup>. Глубоко понимаемая понятийная и терминологическая унификация, включающая наряду со словесным, формально-юридическим аспектом и содержательный аспект, в действительности выступает не иначе как составная часть общей унификации права, вбирающей в себя также нормативный, концептуальный, доктринальный и иные аспекты.

Помимо воздействия сравнительного правоведения на процесс унификации права есть и иные пути и средства его влияния. Создавая

<sup>1</sup> См.: *Cappelletti M., Seccombe M., Weiler J. Integration Through Law. N.Y., 1986. P. 74–79.*

<sup>2</sup> *Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. С. 45.*

необходимые условия и предпосылки для унификации права и активно воздействуя на сам процесс, сравнительное правоведение способствует расширению товарооборота между различными странами, усилению экономических, политических и иных связей между ними. В этом проявляется одна из практических функций сравнительного правоведения, а вместе с тем его место и роль как дисциплины в системе других научных и учебных дисциплин.

---

---

---

Ю.А. Тихомиров,  
заслуженный деятель науки Российской Федерации,  
доктор юридических наук, профессор,  
член-корреспондент Международной  
академии сравнительного права  
(ИЗиСП)

## **КРИТЕРИИ СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОГО АНАЛИЗА НАЦИОНАЛЬНЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВ**

Правовая сфера общества и правовая сфера мирового сообщества характеризуются масштабностью и сложностью. От эффективности правового регулирования во многом зависит уровень управления общественными процессами<sup>1</sup>. Интеграция государств приобрела в условиях глобализации свойства закономерности правового развития, и ее сочетание с устойчивой закономерностью обеспечения суверенных прав государств требует новых поисков. В этих условиях и сравнительное правоведение нуждается в новых подходах с точки зрения методологии и теории и с учетом необходимости решения практических задач экономического, социального и политического развития государств. И прежде всего предстоит обновить понимание сферы применения метода сравнительно-правового анализа.

Показательна эволюция взглядов на природу и сферы сравнительного правоведения. Еще в Древней Греции были попытки сравнения сводов правил отдельных государств-полисов. Формирование римского права открыло путь его широкого влияния на национальное право следующих столетий. С ним государства стали соизмерять собственные источники права. В западноевропейских странах продолжалось победоносное шествие римского права, как отмечал Р. Иеринг. Но в России, по мнению М. Сперанского, его институты не могли быть применены широко ввиду специфики русского права. Примечательно: первый советский Гражданский кодекс многое заимствовал из Гражданского кодекса Наполеона. Изучение и копирование текстов законов отдельных стран было характерно для трудов ученых-юристов XIX в. и начала XX в.

Новый этап наступает около полувека тому назад с выходом книги Рене Давида «Правовые системы современности», получившей громкую известность в Европе и в нашей стране. Правовые семьи

---

<sup>1</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. М., 2010.

стали исходным критерием классификаций национальных правовых систем. И это было воспринято в нашей стране в начале 1990-х гг. в книгах А. Саидова, М. Марченко, В.И. Лафитского.

Постепенно выявляется еще одна тенденция: с развитием концепций падения роли национальных государств и соответственно роли национального права стали возникать теории наднационального регулирования. В трудах известного Римского клуба в 1960—1980-х гг. эта трактовка была преобладающей, и ее явно усилил известный немецкий ученый Ю. Хабермас. Свидетельством служит одна из новейших книг, где доктрина Ю. Хабермаса с ее трактовкой преобладания фактов над нормами и новой ролью коммуникаций и социальных сетей над госрегулированием рассмотрена в качестве основополагающей среды современных теорий права<sup>1</sup>.

И все же, несмотря на такую «растворимость» границ регулирования, в последние годы в научной литературе наблюдается новый этап в исследовании проблем сравнительного правоведения. Если в России в начале 1990-х гг. первые книги были посвящены обоснованию данного научного направления и систематике соответствующих учебных курсов, то в последнее пятилетие большое внимание уделяется предметно-тематическому сравнительному анализу. Причем критерии сравнения разные, что позволяет отражать многообразие правовых явлений.

Так, Э.В. Талапина в течение ряда лет обстоятельно изучает в сравнительном плане российское и французское право, делая акцент на сопоставление концепций административного права и публичного экономического права, а также отдельных институтов публичного права<sup>2</sup>. Другие авторы проводят анализ отраслевого законодательства. Изучение аграрного законодательства позволяет выявить общие и специфические черты близких партнеров России — Белоруссии и Казахстана, с одной стороны, иных государств — с другой. Рассмотрены отдельные институты: статус сельхозпредприятий, режим использования сельскохозяйственных земель и др.<sup>3</sup>

Накоплен опыт анализа отдельных институтов гражданского права разных стран<sup>4</sup>. Еще один критерий — использование международ-

---

<sup>1</sup> См.: *Detleg von Daniels*. The Concept of Law from transnational perspective. Ashgate Publishing Company, England, 2010.

<sup>2</sup> См.: *Талапина Э.В.* Публичное право и экономика. М., 2011.

<sup>3</sup> Аграрное законодательство зарубежных стран и России / отв. ред. Е.Л. Минина. М., 2011.

<sup>4</sup> См., например: *Юридические лица в России и во Франции: сравнительный анализ*. Материалы симпозиума (Москва, 27 апреля 2011 г.). М., 2011.

но-правовых актов в качестве базового регулятора комплексных проблем, имеющих общее значение для многих стран<sup>1</sup>.

Это направление стремительно развивается. Такое многообразие подходов имеет и положительные, и некоторые отрицательные моменты. К последним можно отнести преобладание пассивно-информационного аспекта.

С сожалением отметим недостатки в процессе сравнительно-правового анализа. К наиболее типичным можно отнести:

- а) неверный выбор объекта сравнения;
- б) нарушение системной связи изучаемых объектов;
- в) механическое заимствование «чужих» конструкций, понятий и терминов;
- г) недооценку специфики национально-правовой ситуации;
- д) схоластическое сопоставление текстов законов;
- е) игнорирование информации о факторах и степени действия закона.

Поэтому представляется логичным еще раз рассмотреть вопросы структуры сравнительного правоведения и соотношения его внутренних элементов. Ведь, в итоге, нужно стремиться к созданию лучших условий для субъектов права: граждан, бизнеса, учреждений.

Исходной позицией является, конечно, понимание первичных основополагающих объектов сравнительно-правового анализа.

Автор в своей книге «Курс сравнительного правоведения» предложил более широкий спектр исследуемых элементов правовой системы и ввел нормы международных организаций и межгосударственных объединений как своего рода общий знаменатель, как критерий, как ускоритель сближения национальных правовых систем<sup>2</sup>.

Продолжая развивать свою концепцию, полагаю целесообразным видоизменить некоторые понятия в рамках сравнительного правоведения. Сохраняя в качестве базового объекта понятие «правовая система», считаю возможным, во-первых, отказаться от отождествления ее с понятием «правовая семья», имеющим устойчивые историко-культурологические корни; во-вторых, расширить круг объектов изучения за счет отнесения к ним следующих видов макроправовых систем: национальной правовой системы, правовой семьи, правовых систем межгосударственных объединений на основе норм международного права. Их разнообразие становится очевидным.

---

<sup>1</sup> См.: *Белоглавен А.* Международно-правовая защита инвестиций в области энергетики. Киев, 2011.

<sup>2</sup> См.: *Тихомиров Ю.А.* Курс сравнительного правоведения. М., 1996.



Происходит смена векторов притяжения: наряду с «парными» сравнениями возрастает роль «многочленных сравнений». В таком плане можно вести речь о современной правовой карте мира, где видны границы и пересечения систем. Таков макроуровень сравнительно-правового анализа. Второй блок составляют нормативно-правовые регуляторы. Третий блок ситуационно-целевой, когда для транснациональных проектов и т.п. изыскиваются новые правовые решения. В четвертом блоке, или круге сравнения, можно выделить: а) правовые концепции; б) правосознание; в) правовую культуру; г) правомерное и неправомерное поведение. Пятый блок охватывает: а) юридическое образование; б) юридическую профессию. Шестой блок включает в себя государственные и общественные институты, опосредуемые правом.

Становится ясно, что сравнительно-правовой анализ нельзя ограничивать нормами и институтами права, поскольку их внешнее сходство и различие заманчивы лишь для поверхностного взгляда. Мировоззренческий источник кроется в природе и уровне правосознания, образах права, в нравственно-религиозных представлениях. Исследования показали значение этих вопросов.

Накопленный опыт аналитической работы убеждает в необходимости преодоления узкого подхода к информационным источникам. Нередко и российские, и иностранные ученые и специалисты ограничиваются каким-либо одним наиболее доступным источником. И в результате «картина» правового явления заменяется «этюдом». Для ее полноты следует использовать многие источники: а) тексты правовых актов; б) комментарии законов; в) юридические и иные книги (монографии, пособия, сборники статей и статьи в журналах); г) материалы сайтов парламентских и иных органов; д) обобщенные материалы судебной практики; е) статистические и иные данные (экономическая информация, правовая информация, политическая информация); ж) материалы научных конференций и семинаров, конгрессов Международной академии сравнительного права; з) социологическую информацию.

Это позволяет известным образом типизировать объекты сравнительного анализа: юридическое образование, юридические учреждения, юридическую науку, отрасли права (законодательства) и правовые институты. Их учитывают, естественно, немеханически, что приводит к разным акцептам анализа. И если во многих общих трудах по введению в национальное право все элементы бывают представлены, то в изучении отдельных элементов наблюдается их неодинаковое соотношение.

К тому же налицо две тенденции последних лет: видоизменение отдельных элементов по их структуре и содержанию и появление новых объектов анализа. Интенсификация интеграционных процессов в мировом и региональном масштабах обуславливает пристальное внимание к таким «новичкам», как международно-правовые акты и нормы международных организаций и межгосударственных объединений. Они служат нормативной основой сравнительного анализа, с одной стороны, объектом самостоятельного сравнения — с другой. Разнообразии подобных актов (договоры, соглашения, хартии, конвенции, модельные законы, «опыты лучшей правовой практики», рекомендации) требует серьезных исследований. Равным образом можно говорить о международных и межгосударственных структурах.

С учетом сказанного можно выделить два типа критериев сравнительно-правового анализа. Первый характеризует общие параметры сравнения правовых систем: а) циклы правового развития и конкретно-исторические ситуации; б) функции сравнительного правоведения (информационная, аналитическая, критическая и др.); в) национальные интересы стран и их соизмерение с целями межгосударственных объединений и с ценностными устоями правовых семей; г) институциональный блок (государство и его институты, институты гражданского общества); д) правопонимание; е) правомерное и неправомерное поведение; ж) нормативный блок (законодательство, международно-правовые акты и др.); з) механизм правоприменения.

Второй критерий позволяет сравнивать законодательство разных стран. Речь идет: а) о соответствии критериям первого типа; б) о системе законодательства; в) об отраслях и правовых институтах; г) о процессе правотворчества; д) о механизме правоприменения; е) о правилах юридической техники; ж) о правовых рисках и юридических коллизиях.

Сочетание критериев позволяет проводить сравнительно-правовой анализ многообразия правовой сферы общества и мирового сообщества на комплексной и системной основе. Предложенные критерии являются типичными для всех правовых систем в мире и поэтому могут служить своего рода общими критериями сравнительно-правового анализа. Выбор и использование конкретных критериев зависят от природы и характера развития отдельных объектов и типа решаемых задач.

Рассмотрим такой объект сравнительно-правового анализа, как правосознание и его уровень. Речь может идти о характере правопонимания, об образах и о представлениях о праве (такое исследование

было проведено в начале 1990-х гг. российскими и французскими социологами), о доступе к праву и информированности о правовых явлениях, об уровне знания принципов, институтов, правовых актов и норм. Такой аспект правосознания отражает общегражданский взгляд на право и типичные правовые представления о нем в разных слоях общества.

Другой аспект правосознания охватывает специфику научно-правовых знаний, а именно сравнение концепций и теорий в правовой сфере. Несмотря на ряд общих теоретико-методологических положений, очевидное различие научных концепций в сфере права требует более внимательного анализа. Приведем две иллюстрации. Одна из них касается положений административного права, когда в России традиционно делается акцент на нормы материального права и анализ компетенции органов исполнительной власти, а в США, Германии и во Франции — на процедуры деятельности субъектов права и судебный контроль. Другое различие наблюдается в оценках способов экономического анализа права. В США господствует известная доктрина Познера об экономическом анализе права с учетом издержек для бизнеса и т.п. Тут налицо «внеправовые» критерии. В немецкоязычных странах акцент ставится на целевые и ценностно-этические оценки в рамках классического юридического позитивизма. В последнем случае такова позиция австрийских ученых К. Фрехенич и М. Гелтер в их статье «Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма»<sup>1</sup>.

Вопрос в том, как изучать и оценивать сходство и разнообразие научно-правовых концепций, в которых подчас и находится ключ к построению позитивно-правовых конструкций.

Рассмотрим такой объект сравнительно-правового анализа, как государство. Тут наблюдаются разные подходы — трактовка государства как сложной политико-управляющей системы<sup>2</sup>, как либерального и неолиберального государства<sup>3</sup>, как конституционного и правового государства, как бюрократического государства<sup>4</sup>. Обосновывается такое на учное направление, как сравнительное государствоведение (в работах В.Е. Чиркина). Различия во взглядах отражают разные подходы к государству как явлению или к его

---

<sup>1</sup> Статья опубликована в журнале «International and Comparative Law Review». 2008. Vol. 31 IVO 1, 295–360.

<sup>2</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Государство: преемственность и новизна. М., 2011.

<sup>3</sup> См.: Provit K. The Neo-liberal state rule of Law. Oxford, 2010.

<sup>4</sup> См.: Оболенский А.В. Кризис бюрократического государства. М., 2011.

отдельным граням, особенно в части соотношения с правом. Эти акценты должны быть учтены в полной мере.

Сложен вопрос о критериях анализа и сопоставления государственных институтов. Еще в XIX в. сложился метод перенесения «опыта учреждений», когда описание удачных публичных структур одной страны служило основанием для их «перенесения» на другую национально-правовую почву. Монтескьё, Токвиль, Градовский, Чичерин и другие охотно пользовались этим приемом и передали эстафету в XX и XXI вв., но делали это не всегда удачно.

Дело в том, что государственные институты многообразны и на системной основе можно вести речь о территориально-государственных образованиях, включая административное территориальное деление, об институтах прямой демократии ( выборы, референдум, публичные слушания и др.), о государственных органах. Назовем и институты гражданского общества, выполняющие социально-политические функции. Субинституты очевидны. Как их сравнивать?

В современных условиях нужно оценивать институты по двум критериям. Во-первых, статус институтов и его реализация в соответствии с национальными публичными интересами. Во-вторых, универсальные показатели Всемирного банка для действия государств на принципах «хорошего управления» (good governance). Эффективность государства измеряется совокупностью показателей: качество жизни, выборы, степень свободы СМИ, транспарентность, преодоление коррупции, организация правительства<sup>1</sup>. Эти показатели вводятся в ОЭСР, Программе развития ООН, в национальных системах определения эффективности исполнительных и муниципальных органов (как в России). Трудность — в известной противоречивости показателей, хотя это не мешает получению оценок.

Наибольшее внимание компаративистов привлекает в последние годы возможность сравнения национальных законодательств. Легкая доступность текстов иностранных законов приводит, однако, к произвольному сопоставлению и механическому использованию норм, что порождает сложности правопонимания и правоприменения. Нарушается системная основа сравнительно-правового анализа. В результате оценки и рекомендации по сближению норм и т.п. нередко имеют поверхностный характер, поскольку не учитывают специфики систем национальных законодательств и уровень правового регулирования. Преодолению этих недостатков служат несколько способов.

---

<sup>1</sup> См.: Роль ключевых национальных показателей в оценке стратегий развития: коллективная монография / отв. ред. Е.И. Иванова. М., 2010.

Нужно тщательно учитывать существующие национально-правовые различия. Им еются в виду сущностные различия (принципы права, нетипичные правовые конструкции и т.п.), теоретические различия (разные на ученые концепции), особенности построения систем законодательства.

Анализируя системы законодательств, можно заметить далеко не одинаковый «набор» отраслей, различное «наполнение» отраслей и институтов и их соотношение между собой. В России действует классификатор отраслей законодательства, дополнением которого служат научные концепции системы законодательства. Речь идет о базовых, комплексных, процессуальных, «ситуационных» отраслях<sup>1</sup>. В Германии трудовое законодательство развивается без трудового кодекса, во Франции есть кодексы двойного назначения, в скандинавских странах — унифицированные правовые акты.

Весьма своеобразна правовая система Китая. Приведем характеристики правовой системы Китая, которые изложил П.В. Трошинский в докладе на заседании секции «Публичное право» Ученого совета ИГиСП. В 1997 г. руководством КНР была поставлена задача к 2010 г. сформировать социалистическую правовую систему с китайской спецификой. К 2010 г. в стране действовало 229 законов, среди них: 79 административных (34,49%); 54 экономических (23,58%); 39 конституционных (17,03%); 32 гражданских (13,97%); 17 в сфере социального права (7,42%); 7 процессуальных и непроцессуальных (процедурных) (3,05%) и 1 уголовный закон (0,43%). Происходит постепенная замена принятых законов новыми редакциями, которые существенным образом меняют их содержание и во многих случаях могут рассматриваться как новые законы. Другая тенденция «смотреть на Запад»: огромные массы китайских учащихся в юридических институтах США, Канады, стран Западной Европы и практически их полное отсутствие в странах Восточной Европы. Все ведущие юристы Китая проходили стажировки в европейских странах.

Показательно сочетание элементов традиционного китайского права, права социалистического государства (советский опыт) и норм международного права. Заметен отказ от заимствования многих европейских институтов права. Допускается широкое применение смертной казни, нет конституционного суда. Заметно отсутствие четких механизмов защиты прав интеллектуальной собственности, подавление инакомыслия на законодательном уровне. Наблюдается усиление мер юридической ответственности за совершенные право-

<sup>1</sup> См.: Концепции развития российского законодательства. М., 2010.

нарушения (включая институт уголовной ответственности юридических лиц).

Важен учет нормативных уровней построения правовых актов и правовых образований. Первичная клетка — правовая норма, далее — правовой акт, правовой институт, отрасль права, правовые массивы.

Так, методы анализа закона иностранного государства охватывают: цель анализа и критерии выбора и оценки закона; оценку принадлежности закона к той или иной правовой семье, межгосударственному объединению; влияние общей правовой доктрины на концепцию закона; определение предмета законодательного регулирования (вида и объема общественных отношений) и структуры закона; определение места закона в подотрасли, отрасли, системе иностранного законодательства, соотношение с другими правовыми актами; изучение специфики нормативных понятий и терминов, используемых в законе; установление способов регулирования статуса юридических и физических лиц, их прав, обязанностей, взаимоотношений и ответственности; общее и особенное в способах юридической техники (видов норм, их структуры, отсылок и ссылок и т.п.); характер и виды средств обеспечения действия закона (гарантия, контроль, суд и др.); оценку степени различий или сходства с аналогичным законом России или другого государства.

Наблюдается строгое различие понятий «гармонизация законодательства», «сближение законодательства», «унификация законодательства», «модельное законодательство». Это позволяет четко определять «меру общего» в механизме правового регулирования в разных странах и реальные возможности как использования «лучшего юридического опыта», так и создания и применения общеправовых решений в виде международно-правовых норм, модельных законов, примерных (типовых) правил. Особенно важны подобные действия в рамках межгосударственных объединений как больших правовых систем, в рамках которых действуют системы национальных законодательств.

Необходимо анализировать способы преодоления юридических различий и сближения национальных законодательств. Программные средства содержат: программы гармонизации принципов и институтов; договоры о правовом сотрудничестве; соглашения о правовой помощи; совместные и координируемые юридические действия и меры; общее признание и согласованная ратификация международных актов; легальное признание общего правового пространства (концепции, договоры); процедуры согласования подготовки и принятия национальных правовых актов.

Приведем примерный перечень нормативных средств: словарь нормативных понятий, терминов (глоссарий); модельные законодательные акты (межгосударственных объединений или международных организаций); типовые проекты актов; имплементация норм международных договоров и т.п.; единые стандарты (экологической безопасности и т.п.); единообразные нормы (обслуживания и т.п.); унификация — принятие единых актов и т.п.; общий или распространенный юридический режим (инвестирования, налогообложения, создания юридических лиц и т.п.); признаваемый равный объем прав субъектов (инвесторов, предпринимателей и др.); выравнивание уровней правового обеспечения (пенсий и т.п.); признание юридических документов (дипломов об образовании и др.); введение упрощенного порядка (приобретения гражданства и т.п.); равная юридическая защита субъектов; равнообязательные юридические требования; допускаемые правовые льготы и стимулы; распространение санкций.

Приведенные аналитические методы позволяют с учетом накопленного юридического опыта признать весьма полезными на учные рекомендации по проведению сравнительно-правового анализа иностранных государств, которые послужат основой для подготовки методик в рамках межгосударственных объединений. Некоторый опыт разработки таких методик применительно к деятельности Межпарламентской Ассамблеи СНГ имеет Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, но теперь нужен шаг вперед.

Замечено, однако, явное преувеличение «текстовых» аналогий, когда сопоставляются и оцениваются нормы законов без учета их реализации. Между тем именно такой индикатор служит еще одним «знаком качества» иностранного закона, позволяя оценить его реальное действие и отношение к нему со стороны государственных органов, партий, судов и граждан. Ведь довольно часто привлекательность формальных решений опровергается их слабым практическим применением. Неслучайно подчас близкие по содержанию и форме сопоставляемые законы иностранных государств существенно отличаются друг от друга правоприменительным потенциалом. Поэтому механизм правоприменения служит еще одним важным объектом сравнительно-правового анализа при всей сложности поиска источников и неуловимости реальных отношений в процессе правоприменения.

Для решения этих задач используют два основных способа. Во-первых, применяется Методика оценки регулирующего воздействия,

применяемая в государствах — членах ОЭСР. С ее помощью удастся рассмотреть последствия действия проекта закона в сфере бизнеса, поскольку оцениваются возможные ограничения его самостоятельности, финансового и административного «обременения». Указанная Методика используется теперь и в нашей стране.

Во-вторых, весьма полезен институт правового мониторинга<sup>1</sup>, оформленный ныне Указом Президента РФ и постановлением Правительства РФ, одобрившим Методику проведения мониторинга правоприменения. Теперь механизм мониторинга действует в том или ином объеме в федеральном, региональном и местном масштабах, в крупных бизнес-организациях.

Особое значение автор придает разработанной им системе показателей реализации закона с помощью показателей позитивного действия (изменение статуса субъектов права, режимов их деятельности и т.д.) и негативных показателей (превышение полномочий публичных органов, искажение смысла норм и их бездействие и т.п.). Анализ реального осуществления правовых норм дает возможность определять эффективность закона и использование для этого всех механизмов (юридических, экономических, социально-психологических, организационных). Акцент на поведенческий механизм позволяет выявлять разные правовые и психологические роли людей, групп, слоев общества на стадии правоприменения<sup>2</sup>, наконец, анализировать различные риски и последствия действия права (как ожидаемые, так и непредвиденные)<sup>3</sup>.

Как отмечалось выше, новым объектом сравнительно-правового анализа являются международно-правовые акты. Долгое время ученые-компаративисты ограничивали рамки своих исследований национально-государственными границами, и этому были свои объяснения. Но последние десятилетия отчетливо выявили новую тенденцию правового развития в современном мире, а именно усиление взаимодействия национального и международного права<sup>4</sup>. Традиционная параллельность их развития становится весьма условной, и видно, как проверенные опытом многих стран национальные нормы приобретают характер международно-правовых регуляторов. Вместе с тем последние становятся интеграто-

<sup>1</sup> См.: Правовой мониторинг / под ред. Ю.А. Тихомирова, Д.Б. Горохова. М., 2009.

<sup>2</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Поведенческий механизм действия права // Вопросы государственного и муниципального управления. 2011. № 4.

<sup>3</sup> См.: Кашанин А.В., Тихомиров Ю.А., Третьяков С.В. и др. Правовые акты: оценка последствий. М., 2011.

<sup>4</sup> См. подробно: Международное право и национальное законодательство. М., 2009.



ром и «мерилом общего» для сравнения национальных законодательств.

Все это дает основания сделать принципиальный вывод: международно-правовые акты ввиду их возросшего удельного веса и многообразия становятся объектом сравнительного анализа, поскольку отражают существование их суперправовых систем типа международного права в целом и правовые комплексы в межгосударственных объединениях. Другой аспект заключается в новой методологической роли международно-правовых принципов и норм в качестве сближающего и унифицирующего фактора развития национальных законодательств.

Подчеркнем: интересы и суверенные права государства должны ограничиваться под напором глобализации, ибо каждое из них самостоятельно определяет области сотрудничества и области соперничества. Вступая в союзы и иные объединения, государства приобретают дополнительные возможности реализовывать свои интересы — как национальные, так и общие<sup>1</sup>. Договоры и соглашения о сотрудничестве прокладывают путь для сближения правовых актов и институтов.

Более высокой формой взаимодействия государств являются договоры о союзах — таможенные, торговые, экономические и т.п., которые допускают создание соответствующих структур и унификацию правовых норм. Среди международных структур все больший удельный вес приобретают межгосударственные объединения. Это более высокая степень государственно-правовой интеграции. Для правовой системы характерны: а) общие целевые ориентиры государств; б) географическая близость; в) отражение в построении объединения системы национально-государственных институтов и их жесткое взаимодействие; г) строгая «связанность» национальных правовых актов императивными и иными актами межгосударственных объединений; д) наличие специальных процедур разрешения споров между государствами-членами. Объединения такого рода признаны конституциями ряда государств, в том числе Конституцией РФ (ст. 79); е) смешанная структура нормативно-правового регулирования.

Вступая в международные и межгосударственные объединения, государства берут на себя обязательства по приведению национального законодательства в соответствие с их нормами и по признанию обязательности их реализации в ходе дальнейшей деятельности. Так

<sup>1</sup> См.: Глобализация и законодательство (очерки) / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, А.С. Пиголкин. М., 2004. С. 69–132.

было со вступлением России в Совет Европы, в Таможенный союз, Европейский Союз, ВТО и принятием ими соответствующих программ корректировки законодательных актов. Подобные императивы реализовать сложно, и поэтому ведется большая подготовительная работа.

Наряду с публично-правовой интеграцией отчетливо выявляется тенденция частноправового характера. Всемирный банк, МВФ и экономические объединения национальных бизнес-структур активно влияют на национальную и международную политику и на принятие решений государственными органами и международными структурами. Их обоснованно считают субъектами субправа, поскольку они раздвигают границы отражения корпоративных интересов. В то же время американская модель глобального административного права включает в себя международные экономические и транснациональные организации, в «сетях» которых действуют все участники — государственные и иные организации. Их глобальные нормы и стандарты ограничивают действие национальных норм, без каких-либо квазипарламентских или ратификационных процедур<sup>1</sup>. Не ущемляют ли эти функциональные связи суверенитет государств?

Казалось бы, интеграционные процессы находятся в сферах влияния разных международных структур, и каждая из них занята своими делами. Однако это не так. Острые политические и экономические противоречия негативно влияют на устойчивость институтов международно-правовой регуляции. Труднее решаются общие вопросы, рвутся договоренности, бездействуют одни и активно проявляют себя другие институты. Государства нередко считают себя не связанными заключенными международными обязательствами и ищут политические, экономические и военные выгоды с помощью перемены курсов.

Поэтому изучение реализации международно-правовых актов становится актуальной задачей<sup>2</sup>, способствуя устойчивости миропорядка. Развитие института мониторинга позволит анализировать и оценивать реализацию международно-правовых договоров и соглашений, уставных документов, договоренностей на международных саммитах путем информации и докладов, отчетов стран-участников, проверок со стороны групп наблюдателей, публичных информации в СМИ. В научном плане актуализируется вопрос о методике меж-

<sup>1</sup> Law and Contemporary problems. The emergence of global administrative Law. Vol. 68. Summer/School of Law Duke university autumn 2005. Durham, North Carolina.

<sup>2</sup> См.: Тиунов О.И., Каширкина А.А., Морозов А.Н. Выполнение международных договоров Российской Федерации: монография / отв. ред. О.И. Тиунов. М., 2011.

дународно-правового мониторинга, когда изучаются ход имплементации, принятие национальных актов, изменение функций и действий государственных органов и их актов, а также деятельность бизнес-структур и иных организаций в правовом пространстве. Институт провел в 2011 г. интересное исследование совместно с Институтом законодательства Республики Казахстан о мониторинге международно-правовых актов межгосударственных объединений, а в настоящее время исследует проблемы «Человек в правовом пространстве» (разные статусы людей, правовые аспекты участия людей в социальных сетях и др.).

Проведенный сравнительно-правовой анализ завершается оценкой материалов исследований и возможностей их использования. И тут вновь следует напомнить о функциях сравнительного правоведения, которые либо предопределяют интерпретацию рекомендаций и выводов, либо влияют на нее. Подчас невидимый идеологический аспект скрывает политические интересы — устойчивые или временные. И можно увидеть, как в одних ситуациях правовые решения кажутся привлекательными, а в других приобретают негативную окраску. Поэтому методология и методика сравнительно-правового анализа не могут не отражать разновекторность объективного и субъективного подходов и их меняющегося соотношения, когда в их фокус попадают многообразные динамичные правовые явления.

---

---

---

*В.И. Лафитский,*  
заслуженный юрист Российской Федерации,  
кандидат юридических наук,  
член-корреспондент  
Международной академии  
сравнительного права  
(ИЗиСП)

## **О ПРЕДМЕТЕ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ И МЕТОДОЛОГИИ ЕГО ИССЛЕДОВАНИЯ**

Сравнительное правоведение — это самостоятельное комплексное научное направление, которое не может быть включено ни в одну из существующих правовых дисциплин. Каждая из них окажется «прокрустовым ложем», которое потребует либо сокращения предмета, либо его изменения.

Во многом сравнительное правоведение призвано решать те же задачи, что и теория государства и права. Но это совершенно разные научные дисциплины, обладающие разным предметом исследования, разным научным инструментарием. Нередко они конкурируют между собой. Именно это объясняет стремление многих теоретиков права «подмять» сравнительное правоведение под себя. Но приведет ли это к хорошим результатам? Конкуренция — это основное у словие развития не только в экономике, политике, социальной сфере, но и в науке. Стоит ей только исчезнуть, и тут же на уха лишится одного из самых мощных стимулов своего развития.

Основная цель сравнительного правоведения — это создание всеобщей картины права во всем многообразии ее проявлений.

Для достижения этой цели можно выбрать особый ракурс познания правовой действительности — через образы права. Дело в том, что любой нормативный правовой акт закрепляет не только отдельные нормы, но и некие образы, которые отражают совокупность представлений о допустимом и недопустимом, правомерном и неправомерном. Именно они, а не отдельно взятые нормы придают праву необходимую силу воздействия на сознание, а через него — на общественные отношения. И именно они определяют родовые отличия правовых сообществ и национальных правовых систем.

Этой теме и был посвящен двухтомный труд «Сравнительное правоведение в образах права», вышедший в свет в 2010–2011 гг, в ко-

тором автор стремился показать тот «свет», который исходит от законодательных и иных правовых актов разных цивилизаций и разных эпох.

Слово «свет» использовано неслучайно. Оно является ключевым для объяснения не только методологии исследования, но и композиции самой книги. Источник «света» в праве — это религия. В ее огне не только зарождается жизнь права, но и формируется его генетический код, определяющий пути его дальнейшего развития.

В разных религиях свой генетический код права, поэтому описание сообществ права (христианского, исламского, иудейского, буддийского и других) предваряется рассказом о жизни и учениях основателей религий либо, как в конфуцианской традиции права, этико-правового мировоззрения.

Имеют ли они юридическое значение? Несомненно, имеют, поскольку в них отражен тот высший идеал, а также те ценности, которым должно следовать право.

В книге рассказывается о некоторых потерянных мирах права, разрушенных вместе с теми цивилизациями, которые дали им жизнь.

Раскрыв религиозные (этико-правовые) начала права, автор перешел к исследованию его национальных корней.

Двести лет назад один из величайших правоведов Германии Ф.К. Савиньи отметил, что «истинное море права» — это национальный дух, национальные обычаи и традиции, а «законы — это всего лишь его берега».

Чтобы познать право, необходимо броситься с безжизненных скал законов в «истинное море права», окунуться в реальную правовую жизнь, ощутить на себе силу ее течений и волн. И дело не только в том, что законы скоротечны (за редкими исключениями, срок их жизни не превышает двух-трех десятилетий), но и в том, что национальный дух права, национальные правовые обычаи и традиции определяют закономерности развития правовых систем.

Многие из них имеют тысячелетнюю историю, поэтому от них невозможно избавиться. По сути, это то родовое благословение, а иногда и родовое проклятие, которое сопровождает жизнь нации от момента рождения до заката.

В подтверждение приведем лишь несколько примеров того, как язык (а именно в нем, как в зеркале, отражается дух права) определяет содержание права.

Так, во всех славянских, в том числе в русском и украинском, языках право ассоциируется не только с такими словами, как «правильное», «справедливое», «праведное», но и с такими понятиями,

как «правительство», «правитель». В результате возникают особые образы, в которых право предстает в основном как продукт воли правителя, а справедливость — как те блага, которые исходят от него. Такие традиционные образы предопределяют содержание многих правовых и политических явлений.

Другой пример. В русском, украинском и других славянских языках слово «богатство» — это то, что дано от Бога и что человек не может присвоить себе. Такое восприятие во многом объясняет, почему в истории славянских народов было так много экспроприаций и почему так слабо в них защищалась частная собственность.

Еще один пример: слово «порядок» происходит от слова «ряд» — договор — и отражает начала общественной самоорганизации славян. В их понимании порядок возможен лишь там, где достигнут общественный договор («ряд»), определяющий права и обязанности каждого.

Забвение таких правовых истин ведет к оскудению права, к его внутреннему разлому и в конечном счете к его распаду, поэтому так важно хранить национальный дух права и беречь его как священный огонь (по крайней мере, до тех пор, пока большинство населения не станет носителем другого национального духа права).

Проследивая развитие основных правовых сообществ современного мира, я искал истину не только в священных писаниях и в законодательных актах, но и в памятниках литературного и народного творчества. Необходимость обращения к этим источникам хорошо объясняют слова В.Г. Белинского о том, что «поэт мыслит образами, он не доказывает истину, а показывает ее».

Очевидно также, что истина не может быть раскрыта только при помощи формально-юридических либо иных традиционных методов научного познания. Необходимо использование и других методов, в том числе и следования тех образов права, которые отражены в произведениях великих поэтов, а также в народных легендах, балладах и песнях. Иного пути к познанию права нет.

В указанном ранее исследовании нет подробного изложения его методологии, что вызвало критику отдельных ученых. Но разве в этом была необходимость? Нужно ли художнику выставлять помимо своих картин кисти и краски и при этом объяснять, как он их применил? Нужно ли писателю рассказывать, какие средства он использовал и почему события в его книге развиваются так, как он задумал, а не так, как представляется другим?

Конечно, можно возразить, что на учная работа — это особый жанр. Но есть ли необходимость в изложении методологии и методов

исследования во всех работах? Их набор известен, многократно описан и при всех различиях в научных подходах имеет одну цель — познание истины.

Критику вызвало и то, что в числе задач сравнительного правоведения упомянута критика чужого и пропаганда собственного правового развития. Дело в том, что сравнительное правоведение, как бы мы к этому ни относились, неизбежно вовлекается в орбиту идеологических споров и противоречий. В условиях глобализации они все более усиливаются, угрожая существованию многих правовых сообществ, семей и групп. Поэтому не так открыто, как во времена прежнего идеологического противостояния капитализма и социализма, но тем не менее все так же настойчиво пропагандируются ценности, присущие тому или иному правовому сообществу. Это — реальность. И не считаться с нею нельзя.

Критику вызвала и концепция истории сравнительного правоведения. Для многих компаративистов сравнительное правоведение — это одномерно развивающееся во времени и в пространстве явление, которое имеет одну точку роста и общее направление развития. Но так ли это?

В книге утверждается обратное. Для автора сравнительное правоведение — это не дар западной цивилизации и не продукт какой-либо одной юридической школы. Это — «единая река», которая вобрала в себя разные потоки сравнительно-правовых идей.

Процесс формирования этой реки знаний включал несколько этапов, которые последовательно раскрываются в книге. В начале описываются первые источники («первоистоки») сравнительного правоведения, которые стали появляться практически одновременно с VI в. до н.э. в разных очагах культуры: в древнегреческих полисах, Древней Индии и Древнем Китае. Спустя несколько столетий, с начала IX в., появляется новый источник — исламские компаративистские идеи. А вскоре сквозь толщу забвения или небытия начинают пробиваться новые потоки христианских сравнительно-правовых идей Западной Европы, Киевской Руси и Скандинавских земель.

Новый этап в развитии сравнительного правоведения наступает на рубеже XIV–XV вв., когда начинается постепенный процесс кристаллизации целей и методов сравнительного правоведения. Первым, кто обратился к этим вопросам, стал великий арабский ученый Ибн Халдун. В западной науке наибольший вклад в разработку идей сравнительного правоведения внесли Никколо Макиавелли, Эразм Роттердамский, Томас Гоббс, Джон Локк, Джамбатиста Вико, Шарль

## *Методология сравнительного правоведения*

Монтескьё, Джеймс Мэдисон, Александр Гамильтон, Джон Джей, Фридрих Савиньи.

В 1831 г. в Колледж де Франс была учреждена специальная кафедра «Общей истории и сравнительного законодательства». Собственно с этого момента и начинается история сравнительного правоведения как самостоятельной науки. В связи с этим отметим, что единственным критерием существования на учного направления как такового является наличие соответствующих научных школ. Поэтому о науке сравнительного правоведения можно говорить только с момента их появления, а не с озвучивания или опубликования каких-либо идей.

В заключение отметим еще один тезис. Право — это не только собрание правовых концепций, формул и норм, но и кредо правовой веры, надежды, любви, которое передается из поколения в поколение и которое погаснет только тогда, когда исчезнет та цивилизация (нация), которая дала им жизнь. Забывать об этой стороне права нельзя. Иначе оно лишится жизненных сил.



---

---

---

*В.Е. Чиркин,*  
доктор юридических наук, профессор  
(Институт государства и права РАН)

## **НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ МЕТОДОЛОГИИ И МЕТОДОВ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ**

Хотя принципиальное различие марксистско-ленинской и других методологий при исследовании права, в том числе в сравнительном правоведении, сохраняется, все же некоторые грани между ними стираются. Происходит социализация в подходах к изучению права, сближение правовых систем. Некоторые элементы радикалистской (радикальной) методологии марксизма воспринимаются другими концепциями (принцип социальной справедливости вошел в конституции отдельных капиталистических стран), и, наоборот, некоторые положения традиционного либерализма оказывают влияние на существующие страны тоталитарного социализма. Последнее отражается и в практике социалистических государств, и в нормах права, относящихся прежде всего к экономике, правам человека (в сфере политики этого нет, или либерализация пробивается с большим трудом, например разрешены конкурирующие кандидаты на выборах, но только в низовом звене).

Сближение правовых систем заметно даже на опыте стран мусульманского фундаментализма (например, появление основных низамов — правовых актов типа конституций, хотя в них говорится, что настоящей конституцией является все же Коран). Правда, представители фундаменталистских школ такое сближение отрицают, настаивая на невосприимчивости, «чистоте» ислама, и называют имеющиеся факты простыми совпадениями (в «продвинутых» арабских странах восприятие институтов других правовых систем очевидно, хотя и их конституции обычно утверждают, что источником законодательства является шариат). Отрицают сближение и представители стран тоталитарного социализма, настаивая на исключительности социалистического типа права. Но факты — упрямая вещь. Следствием объективного движения жизни являются изменения в методологии сравнительных правовых исследований, что влечет новые классификации.

Представляется, что в настоящее время в подходах к сравнительному изучению права и государства (хотя не только к сравнительно-

му, но в нем это заметно достаточно отчетливо) сформировалось два основных направления, которые в отличие от прошлого либерализма включают в себя социальные элементы: социально-либеральное и социально-радикальное (социалистический радикализм в правоведении всегда был экстрасоциальным).

Первое представлено множеством школ, жива и юридическая школа права. Даже во Франции, где почти безраздельно доминирует политологическая школа права, публикуются работы (статьи) сторонников юридической школы (она действительно создала многие ценные методы исследований), есть и другие, промежуточные и гибридные, школы. Позиции, с которых социально-либеральное направление подходит к сравнительному изучению права, известны: насколько право соответствует идеям свободы, защиты прав человека, разделению властей, парламентаризму, принципам демократического избирательного права, местного самоуправления и т.д., теперь также — удовлетворению основных нужд человека, свободе политических партий и их соревновательности в борьбе за власть и др.

Социально-радикальное направление методологии сравнительного правоведения представлено идеями марксизма-ленинизма (они доминируют, хотя с определенными поправками, в официальной науке стран, население которых составляет пятую часть населения мира), концепциями так называемых революционных демократов (они отрицают роль рабочего класса и видят главную силу в крестьянах-бедняках, угнетенных женщинах и приниженных этнических группах; право оценивается с позиций их интересов; третья составляющая этого направления представлена немногими произведениями, выдвигающими на первый план группу интеллигентов — «передовых борцов» против существующих порядков, организующих отряды в своей и других странах для борьбы против существующего строя, захват заложников — государственных деятелей, политиков или крупных предпринимателей. Эти «борцы» — представители «красных бригад», «красной армии», «городских партизан» и т.п., они оценивают право разных стран со своих позиций, используя в основном социолого-политический, а не юридический анализ).

В каждой из школ двух главных направлений можно найти свое рациональное зерно, но в целом радикальное (радикалистское) направление, связанное с оправданием насилия, человечеством отвергается, что вовсе не означает полного отрицания возможности и даже неизбежности революций. В единичных конституциях это признается, а иногда говорится и о правомерности революций, совершаемых мирными средствами.

Создание Рене Давидом классификации систем права было крупным шагом в развитии сравнительного правоведения, это дало исследователям определенный методологический подход. Сейчас в российской науке эти взгляды (с определенными уточнениями) развивают Ю.А. Тихомиров, М.Н. Марченко, В.И. Лафитский, другие исследователи. Вместе с тем сложившаяся классификация систем права отчасти игнорирует социальный критерий: социалистическая система — это все-таки система, отличная от англосаксонской или романо-германской, поэтому, на наш взгляд, в методологическом подходе к системам права возможны уточнения. Для этого иногда предлагается цивилизационный подход. Он имеет свои плюсы, но тоже может быть односторонним, лишенным качественного, социально-политического признака (об этом свидетельствует выделение 19, затем 13 цивилизаций английским историком А. Тойнби).

Представляется, что для новой классификации наряду с понятием цивилизации может быть использовано понятие общественно-экономической формации. Конечно, оно огрубляет действительность. Жизнь гораздо богаче (об этом свидетельствуют безуспешные попытки марксистов выделить «азиатский способ производства»). Тем не менее, на наш взгляд, с учетом этого понятия, существенно реформированного (первоначально оно создавалось по признакам способов производства), можно создать цивилизационно-формационный подход к системам современного права. Можно, конечно, заменить слово «формация» другим, придать ему иное значение, но вряд ли такие поиски нужны.

С позиций цивилизационно-формационного подхода в мире отчетливо выделяются три правовые системы: фундаменталистско-мусульманская (регулирует поведение в общей сложности от 1 млрд до 1,2 млрд человек), социально-капиталистическая (около 4 млрд человек), представленная современным капитализмом (в мире существует и другой капитализм), и тоталитарно-социалистическая (около 1,5 млрд человек).

Первая в отличие от иудейской, буддистской, индуистской и иных остаточных систем прошлого — целостная и действующая система в странах мусульманского фундаментализма — Саудовской Аравии, Омане, Катаре, Кувейте и др. (в «продвинутых» арабских и иных странах действуют лишь ее элементы, нередко в правовых актах воспринимается и социалистическая фразеология). Это система по своей сути полуфеодально-теократическая (Коран — подлинная конституция государства, это установлено законом; полуабсолютная

монархия; запрет партий и общественных объединений; неравноправие женщин; правовая сила религиозных норм и др.).

Социально-капиталистическая система права опирается на прежние либеральные ценности (свобода, равенство, частная собственность, права человека, разделение властей и др.), но она восприняла и новое: идею социальной справедливости; есть правовые положения о социальной функции частной собственности, социальной ответственности, прогнозировании и планировании; говорится о защите прав трудящихся; давно включены в конституции положения о социально-экономических правах; есть нормы, может быть, и частного, но очень важного для работников характера — о МРОТ и прожиточном минимуме; устанавливается не чрезмерное разделение, разрыв ветвей государственной власти, а субсидиарность и пропорциональность при разделении властей и осуществлении власти и т.д. Все эти положения включены теперь в конституции. Нужно только не забывать, что социальный капитализм тоже капитализм и его основной целью является погоня за прибылью с вытекающими отсюда последствиями.

Тоталитарная система права известна нам из советского опыта, но она теперь воспринимает некоторые идеи либерализма: говорится о власти народа (а не трудящихся); «эксплуататоры» не лишаются политических прав; признана частная собственность (при ведущей роли социалистической); принципы прав человека закреплены в конституциях; принят тезис о социалистической рыночной экономике и др. Но некоторые положения этой системы права остаются неизменными: руководящая роль коммунистической партии, навсегда закрепленная в конституциях, господство одной идеологии (марксизм-ленинизм с национальной спецификой), господство социалистического уклада в экономике, власть советов и отрицание местного самоуправления и др.

Методы исследования в сравнительном правоведении многообразны. Используются общенаучные методы (анализ и синтез, индукция и дедукция и др., но, например, метод эксперимента можно использовать только в мысленной форме, ибо нельзя создать рядом с существующим другой парламент, чтобы определить эффективность деятельности). Применяются методы, присущие общественным наукам (например, контент-анализ). Особенно широко, что объясняется предметом исследований, используется сравнительный метод. На наш взгляд, его анализ еще не проведен в достаточной степени, хотя рассматривались, например, особенности контрастирующего сравнения.

Представляется, что сравнительный метод (последовательно и вместе с тем с включением элементов одной стадии в другую) разворачивается в шести стадиях. Первая стадия — отбор материала исследования: исследователь отбирает данные на основе своего мировоззрения, сложившегося в результате многих обстоятельств (в том числе жизненного опыта и уровня научной подготовки). Уже на этой стадии могут быть ошибки, они выявляются или не выявляются позже. Ошибки на этой стадии изначально могут вести к отрицательной оценке всей проделанной работы. Вторая стадия дескриптивная: описание (необязательно на бумаге), самое общее представление о выделенном предмете исследования. Третья стадия критическая: элементы научной критики собранного материала и конкретных текстов законодательства («критика текста»), проверка его достоверности присутствуют уже при отборе материала, без этого сам отбор невозможен, но разворачивается критическая стадия позже. Четвертая стадия сопоставительная: это уже подход к научным выводам. Сами выводы делаются на пятой, эвристической, стадии (эвристика — искусство и умение находить истину). Завершающая стадия прогностическая: она включает в себя выявление и оценку тенденций дальнейшего развития изученных правовых норм, институтов, отраслей, систем права; оценку возможности использования полученных результатов в практической деятельности, в том числе в конкретной стране, особенно в стране исследователя.

---

---

---

*Г.А. Василевич,*  
заслуженный юрист Республики Беларусь,  
доктор юридических наук, профессор  
(Белорусский государственный  
университет)

## **ИНТЕРНАЦИОНАЛИЗАЦИЯ ПРАВА КАК ОБЪЕКТИВНЫЙ ПРОЦЕСС**

Правовая система, как и экономика отдельного государства, не могут существовать в замкнутом пространстве. Объективно развивающиеся процессы интеграции на европейском пространстве, включая постсоветское, глобализация оказывают все большее влияние на национальные правовые системы. Все более очевидным становится процесс интернационализации права. Единое правовое пространство на европейском континенте объективно формируется и по той причине, что при подготовке проектов конституций новых государств, в том числе Белоруссии, были заимствованы многие положения (идеи и нормы) из конституций развитых стран Западной Европы и США. Ориентиром были тексты конституций Германии, Франции, Италии, Швеции, Швейцарии и других стран, накопивших необходимый опыт преобразований. Общие правовые принципы и нормы предполагают единый стандарт действий.

Европейская интеграция в настоящее время выполняет роль авангарда в процессе глобализации. Две важнейшие структуры — Европейский Союз, охватывающий 27 государств, и Совет Европы (47 государств) — оказывают существенное влияние и на динамику процесса интеграции государств СНГ. Сейчас Европейский Союз становится важнейшим полюсом геополитики. Можно констатировать две тенденции. С одной стороны, в рамках Европы идет усиление (углубление) интеграции, о чем свидетельствует подписание 13 декабря 2007 г. Лиссабонского договора, призванного заменить не вступившую в силу Конституцию для Европы. С другой стороны, на постсоветском пространстве государства СНГ уже давно отошли даже от тех норм, которые содержатся в Соглашении о создании Содружества Независимых Государств, подписанном 8 декабря 1991 г. В то же время предпринимаются усилия по сохранению Содружества, укреплению многосторонних или двусторонних связей, например между Россией и Белоруссией, между Россией, Белоруссией и Казахстаном. Набирает обороты Таможенный союз; раз-

вивается единое экономическое пространство, зона свободной торговли.

Надо иметь в виду, что европейское право, европейские стандарты получают свое развитие и дальнейшее закрепление в соответствующих юридических документах. Среди учредительных документов можно назвать Договор о Европейском Союзе, Договор о функционировании Европейского Союза, Хартию основных прав Европейского Союза, упоминавшийся Лиссабонский договор.

Европейский Союз признал юридически обязательной Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) в 1992 г. в качестве общих принципов Европейского сообщества (см. параграф 2 ст. F Договора о Европейском Союзе в редакции 1992 г. («маастрихтской» редакции). В дальнейшем это получило также закрепление в параграфе 2 ст. 6 Договора о Европейском Союзе в редакции 1997 и 2011 гг.).

Присоединение Европейского Союза к ЕКПЧ означает, что практика реализации Конвенции, в том числе и толковательная практика ЕКПЧ Европейским Судом по правам человека, является правовой основой для развития национального законодательства государств, входящих в ЕС, и его исполнения. Нам следовало бы более основательно знакомиться с практикой реализации ЕКПЧ, особенно когда это воплощается в решения Европейского Суда по правам человека. Накопленный опыт Европейского Суда по применению ЕКПЧ позволяет более быстрыми темпами развивать собственную национальную правовую систему по пути приближения ее к лучшим европейским стандартам.

Вместе с тем наряду с ЕКПЧ 7 декабря 2000 г. провозглашена Хартия основных прав Европейского Союза, вобравшая в себя весь спектр основных прав и свобод, которые признаны международным сообществом. Хартия в отличие от ЕКПЧ включает в себя также экономические и культурные права.

По юридической силе данная Хартия приравнена к учредительным документам. Содержащиеся в ней права классифицированы по критерию их ценности.

На первом месте в Хартии находится достоинство личности (раздел I). При этом имеются в виду не только само право на человеческое достоинство, но и другие права, определяющие бытие человека, а именно: право на жизнь, на ценность личности; запрет пыток, иного бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания; недопустимость рабства и принудительного труда. Среди белорусских авторов первым актуализировал проблему достоинства личности в

качестве показателя сути отношений между государством, обществом и человеком Л.Ф. Евменов<sup>1</sup>. Полагаем, что его фундаментальные идеи и оценки на этот счет должны получить свое дальнейшее развитие и реализацию. В Хартии также конкретизируется содержание таких ценностей, как свобода (право на свободу и личную неприкосновенность, право на уважение частной и семейной жизни, право на свободу выражения мнений, свободу искусства и науки, право собственности, право на свободу профессиональной деятельности, свободу труда); равенство (равенство перед законом, недискриминация, равенство мужчин и женщин, права детей, инвалидов); солидарность (право на коллективные переговоры и коллективные действия, включая забастовку, на справедливые и надлежащие условия труда, на социальное обеспечение, охрана окружающей среды); гражданство; правосудие как источник прав и гарантий личности на судебную защиту.

Ключевой в правах человека является проблема их принципов<sup>2</sup>. В европейской практике (судебной, иной правоприменительной) принципы рассматриваются в качестве источника права, например в Австрии, Германии, Греции, Испании. У нас же пока эта идея только пробивает себе дорогу.

В юридической литературе «принцип» раскрывается как начало, основа, руководящая идея, исходное положение. Под принципами права понимают руководящие нормативные начала, лежащие в основе права, которые выражают его сущность и определяют общую направленность правового регулирования<sup>3</sup>.

В зависимости от формы закрепления принципы правовой системы подразделяют на «принципы-идеи (существующие в форме правосознания) и принципы-нормы или нормы-принципы, то есть те принципы-идеи, которые закреплены в источниках права»<sup>4</sup>.

Особую роль в регулировании отношений между государствами, оказании влияния на внутреннюю политику, включая и правовую, играют общепризнанные принципы международного права, которые определяются как «исторически обусловленные, основополагающие общепринятые нормы, выражающие главное содержание международного права, его характерные черты и обладающие высшей императивной юридической силой».

<sup>1</sup> См.: *Евменов Л.Ф.* Международная идеология прав человека: проблемы и решения. Минск, 2000. С. 17, 21 и др.

<sup>2</sup> Там же. С. 60.

<sup>3</sup> См.: *Толстик В.А.* Общепризнанные принципы и нормы международного права в правовой системе России // Журнал российского права. 2000. № 8. С. 70.

<sup>4</sup> *Карташов В.Н.* Принципы права. Теория государства и права: учебник / под ред. М.И. Байтина, В.К. Бабаева. М., 1999. С. 22.



Понятие «общеизвестные принципы», как отмечается в литературе, имеет исключительно международно-правовую природу, и именно здесь можно говорить о признании или непризнании разными государствами тех или иных идей и нормативов<sup>1</sup>.

По мнению А.Н. Талалаева, общеизвестными следует считать такие нормы, которые официально признаны общеобязательными (нормативными) всеми или почти всеми государствами<sup>2</sup>. И.Н. Лукашук придерживается более мягкого подхода, полагая возможным рассматривать в качестве общеизвестных принципов и норм те из них, которые признаны достаточно представительным большинством государств. При этом он полагает, что общеизвестные принципы и нормы существуют в форме обычая<sup>3</sup>.

В литературе обращается внимание на то, что с точки зрения реальной практики имеет значение, какие государства «входят» в состав «подавляющего большинства»<sup>4</sup>.

В силу нормативности общеизвестных принципов возникает вопрос: являются ли они обязательными и для тех государств, которые их официально не признали? Ответ скорее отрицательный.

Обращение к принципам демократического правового государства по примеру стран Европейского Союза обусловлено и тем, что Республика Беларусь уже прошла ту первоначальную стадию становления, когда в основе действий органов государственной власти, в том числе и Конституционного Суда, преобладало простое сопоставление норм Конституции, международных договоров и актов текущего законодательства. Развитие правовой культуры, интенсификация нормотворческого процесса, динамизм общественной жизни обуславливают необходимость проникновения в глубинную суть правовых норм.

Для этого необходимо формировать уважение к нормам и принципам, содержащимся в собственной Конституции, а также принципам и нормам международного права. Этого можно добиться в том случае, если на практике утвердится взгляд о непосредственном, прямом действии таких норм. Ведь конституционные нормы, а также нормы ставших обязательными для Белоруссии международных договоров, входящих в Международный билль о правах человека,

<sup>1</sup> См.: Толстик В.А. Указ. соч. С. 71.

<sup>2</sup> См.: Талалаев А.Н. Соотношение международного и внутригосударственного права в Конституции Российской Федерации // Журнал международного права. 1994. № 4. С. 5.

<sup>3</sup> См.: Лукашук И.Н. Нормы международного права в правовой системе России: учебно-практическое пособие. М., 1997. С. 9.

<sup>4</sup> Толстик В.А. Указ. соч. С. 72.

являются важнейшим рычагом для решения правовых конфликтов. В этом отношении потенциал указанных документов неисчерпаем.

В подписанной в Праге 7 мая 2009 г. совместной Декларации саммита «Восточного партнерства» прямо зафиксирована приверженность участников принципам международного права и основополагающим нормам как ценностям, включая демократию, верховенство закона и уважение прав человека и основных свобод, а также рыночной экономике, устойчивому развитию и эффективному государственному управлению.

Степень воздействия международного права на национальное право зависит от многих факторов. В правовых системах различных стран содержатся разные подходы к определению места и роли норм международного права в национальных системах, в частности, существуют государственные системы, в которых: 1) международные нормы имеют конституционный статус; 2) статус международных договоров выше обычных законов; 3) международные нормы соответствуют обычному закону. Однако основополагающим принципом международного права является принцип добросовестного выполнения международных обязательств.

В ст. 8 Конституции Республики Беларусь (РБ) закреплено положение, согласно которому Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства. При этом не допускается заключение международных договоров, которые противоречат Конституции. Эта фундаментальная норма свидетельствует о стремлении законодателя строить независимое государство на правовых демократических принципах. Здесь есть несколько аспектов. Признание приоритета общепризнанных принципов международного права означает выбор вектора развития правовой системы. Норма, запрещающая заключать международные договоры, противоречащие Конституции, является гарантией государственного суверенитета.

Международный договор Республики Беларусь, который вступил в силу путем ратификации, присоединения к нему или утверждения, обладает верховенством по отношению к другим подконституционным актам (законам, декретам, указам, постановлениям и др.). Законы, в соответствии с которыми международные договоры приобретают обязательную силу (например, законы о ратификации), придают им нормативный характер.

Иерархический ранг таких законов выше, чем у других законодательных актов, включая и программные. Поэтому правотворческие и правоприменительные органы, в том числе суды, при принятии

соответствующих решений обязаны руководствоваться нормами международных договоров. В этих целях в Кодексе о судостроительстве и статусе судей для государств — участников СНГ следовало бы предусмотреть норму, аналогичную той, что содержится в ст. 112 Конституции РБ: если при рассмотрении конкретного дела суд выявит расхождение между Конституцией, международным договором и иным актом законодательства, то он обязан вынести в соответствии с Конституцией, международным договором и поставить перед Конституционным Судом вопрос о признании такого нормативного акта не соответствующим Конституции.

Право должно содействовать экономической, социальной, духовной, демографической безопасности государства и общества, формированию политической системы, в основе которой находятся конституционные принципы и нормы.

В силу того что право используется как средство реализации экономических и иных концепций развития, оно должно содействовать прогрессивному развитию общества. Примером уважительного отношения к правовым предписаниям обязаны быть должностные лица, органы государственной власти. Это будет подчеркивать роль и значение в нашем обществе права как важнейшего фактора развития государства по цивилизованному пути.

Принцип верховенства Конституции, верховенства права можно рассматривать и с позиции необходимости обеспечения: 1) системности законодательства; 2) его иерархичности; 3) стабильности. Опыт европейских стран и их органов конституционного правосудия убеждает в этом.

Одним из крайне негативных явлений является нестабильность законодательства, причем некоторые авторы объясняют это тем, что законодательство часто меняется. Проблема в другом: нет основательного изучения проблем общественного развития, требующих своего юридического регулирования; нет прогноза; нет видения того, как правовой акт начнет применяться на практике.

Р. Штобер обоснованно утверждает, что «дееспособность, рентабельность, производительность, инвестиции и адаптационные способности народного хозяйства в значительной степени зависят от измеримости и предсказуемости хозяйственно- и административно-правовых действий»<sup>1</sup>.

Очень важно, чтобы право защищало экономическое доверие. При этом проблема не сводится к вопросу о непридании акту ухуд-

---

<sup>1</sup> Штобер Р. Общее хозяйственно-административное право. Минск, 2000. С. 60.

шающему правовое положение, обратной силы<sup>1</sup>. Важно также, чтобы правовые правила оставались стабильными в будущем, а изменения норм законодательства были логичными и предсказуемыми. Иногда происходит так, что после выполнения субъектами хозяйствования требований, установленных законодательством, в дальнейшем правила вновь меняются, и деятельность приходится начинать сначала.

Право проверяется практикой. Известно утверждение, что практика — критерий истины. Именно практика делает юридическую норму живой, воздействуя, в свою очередь, на ее содержание и смысл.

Противоречивость законодательства ведет к нарушению ряда конституционных принципов, представляющих собой основу формирования отношений между государством и человеком. В такой ситуации правоприменитель находится в крайне трудном положении, а иногда по вине субъектов нормотворчества он становится невольным правонарушителем.

Согласно Конституции РБ все равны перед законом и имеют право без дискриминации на равную защиту прав и законных интересов (ст. 22). Конституционный принцип равенства обуславливает требование определенности, ясности и недвусмысленности законодательного регулирования, поскольку лишь при условии единообразного понимания и толкования правовой нормы всеми правоприменителями можно обеспечить такое равенство. Неопределенность содержания законодательного регулирования создает на практике конфликтную ситуацию, ведет к субъективному усмотрению в процессе правоприменения. Тем самым нарушается принцип равенства и верховенства права. Сравнительный анализ как одноуровневых нормативных актов, так и нормативных актов, занимающих в правовой пирамиде различные уровни, часто свидетельствует о противоречивости используемых в них понятий и определений, ссылок на различные нормы, что недопустимо. По существу, на практике не обеспечивается единое нормативное регулирование. Это может послужить основанием для признания соответствующих актов не имеющими юридической силы в связи с их неконституционностью.

Конечно, невозможно на законодательном уровне определить сроки действия каждого акта. Одно время высказывались идеи не менять новый акт (закон) ранее, чем через шесть месяцев. В силу имеющихся недостатков в законопроектной работе, недостаточной

<sup>1</sup> См.: Василевич Г.А. Конституция Республики Беларусь. Научно-практический комментарий. Минск, 2000. С. 57; *Он же*. Обратная сила нормативного правового акта // Право Беларуси. 2004. № 20 (92). С. 48, 49.

«увязки» разрабатываемых актов с действующими принять такое предложение пока не представляется возможным.

Высказываясь в пользу предсказуемости развития законодательства как важнейшего условия формирования доверия граждан к государству и отстаивая в связи с этим стабильность законодательства, следует учитывать и объективную динамичность экономических и социальных процессов. Как справедливо полагает Р. Штобер, законодатель при основополагающих изменениях права должен предусматривать приемлемые переходные положения (оговорки о недействительности особо жестких положений в определенных случаях и сроки для адаптации)<sup>1</sup>.

Зарубежная практика, опыт работы Европейского Суда по правам человека свидетельствуют, что ограничения должны быть необходимыми, законодателю следует выбирать наименее обременительное средство ограничения прав. Принцип пропорциональности должен рассматриваться как допущение только такого вмешательства в права и свободы, которое конституционно необходимо. Основой для определения законности действий является ст. 23 Конституции РБ, а также положения международных документов о правах и свободах граждан.

В уголовно- и административно-правовой сферах принцип пропорциональности особенно значим. Мера ответственности должна быть адекватна тяжести содеянного, при этом речь идет не только о сроках лишения свободы, но и об административной ответственности. Например, сохраняя свою карательную функцию, административные штрафы не должны иметь «разорительный» характер. В сфере уголовно-процессуальных отношений актуальной остается проблема принятия решения о заключении под стражу до суда при условии, что ограничение свободы в данном случае будет мерой, пропорциональной характеру преступления и наказанию, которое влечет совершение такого преступления. На реализацию этих идей направлена утвержденная Президентом Республики Беларусь в декабре 2010 г. Концепция совершенствования мер уголовной ответственности и порядка их исполнения. Цель Концепции — обеспечить разумность и эффективность наказания, проявляя при этом оправданный гуманизм.

Для правового государства характерно создание отлаженного механизма восстановления нарушенного права. Разумеется, абсолютное большинство судей и прокурорских работников стремятся надлежа-

<sup>1</sup> См.: Штобер Р. Указ. соч. С. 62.

щим образом выполнять свои функции. Суд действительно должен быть независимым, беспристрастным и компетентным. Этому содействует бессрочный характер назначения судьи на должность, что всегда поддерживалось Конституционным Судом Республики Беларусь. Вместе с тем существует проблема правильности отправления правосудия. Следует опасаться не отмены судебных постановлений, а сохранения неправосудных постановлений. Конечно, пока судебное постановление не отменено, оно должно исполняться. Другого утверждения быть не может.

Право на судебную защиту в современных юридических источниках (международных документах, доктрине европейского права) рассматривается в качестве неотъемлемого права человека. Оно органично присуще природе отношений между государством и индивидуумом, построенных на демократических правовых принципах.

Праву на справедливое судебное разбирательство посвящена ст. 6 ЕКПЧ, согласно которой каждый человек имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона.

Судебное решение объявляется публично, однако пресса и публика могут не допускаться на судебные заседания в течение всего процесса или его части по соображениям морали, общественного порядка или государственной безопасности в демократическом обществе, а также когда того требуют интересы несовершеннолетних, или для защиты частной жизни сторон, или — в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо — при особых обстоятельствах, когда гласность нарушала бы интересы правосудия.

Каждый человек, обвиняемый в совершении уголовного преступления, считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена в законном порядке.

Каждый человек, обвиняемый в совершении уголовного преступления, имеет как минимум следующие права:

- а) быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявленного ему обвинения;
- б) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты;
- в) защищать себя лично или с помощью выбранного им самим защитника или, если у него нет достаточных средств для оплаты услуг защитника, воспользоваться услугами защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия;

г) допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него;

д) пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке.

Что же касается подхода к определению права на судебную защиту, то в Конституции РБ оно сформулировано следующим образом: каждому гарантируется защита его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенных законом сроки. В целях защиты прав и свобод, чести и достоинства граждан в соответствии с законом вправе взыскать в судебном порядке как имущественный вред, так и материальное возмещение морального вреда (ст. 60).

Конституция РБ закрепляет в широком плане право на справедливое судебное разбирательство. Если в ст 6 ЕКПЧ речь идет о таком праве человека «при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявленного ему», то в ст. 60 Конституции РБ речь идет о праве каждого на защиту в судебном порядке всех прав и свобод (включая экономические, социальные и культурные).

Практикой Европейского Суда по правам человека выработаны критерии толкования гражданского права. Здесь налицо динамичный подход. Суд определил, что для применения «п. 1 ст. 6 Конвенции нужно, чтобы имел место “спор” о праве, на которое можно претендовать, по меньшей мере, защищаясь в суде, и которое признано внутренним правом. Речь должна идти о реальном и “серьезном” споре: он может касаться как самого существования права, так и его сферы действия и условий существования»<sup>1</sup>. Вместе с тем есть и изъятия, например неподсудны согласно позиции ЕСПЧ некоторые конфликты в области осуществления профессиональной деятельности (например, споры, относящиеся к приему на работу, прохождению службы и прекращению трудовой деятельности государственных служащих, не входят по общему правилу в сферу действия п. 1 ст. 6; аналогичный подход сформулирован по отношению к налоговым спорам).

Конституционные основы организации и деятельности судов сохраняются также в других статьях Конституции РБ. Так, в ст. 26 закреплена презумпция невиновности в совершении преступления (полагаем, что ее следует распространить и на иные правонарушения).

<sup>1</sup> Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. СПб., 2004. С. 339.

В ст. 27 Конституции РБ зафиксирована гарантия каждого не быть принуждаемым к даче показаний и объяснений против самого себя, членов своей семьи и близких родственников. Доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы. В Конституции РБ закрепляется право человека на юридическую помощь при осуществлении защиты прав и свобод. Противодействие оказанию правовой помощи в Республике Беларусь запрещается.

Позитивным обстоятельством является то, что Европейский Суд по правам человека и сходит при оценке степени реализации ст. 6 ЕКПЧ из того факта, что закрепленные в ней права являются не теоретическими или иллюзорными, а реальными, воплощенными на практике. В силу того что надлежащее правосудие имеет особую значимость, его недопустимо приносить в угоду целесообразности<sup>1</sup>. При этом Европейский Суд контролирует соблюдение конвенционной нормы о праве на справедливое правосудие и не касается материального содержания национальных решений. Также и Конституционный Суд Республики Беларусь исходит из того, что Конституция РБ направлена на защиту не теоретических и иллюзорных, а конкретных и действительных прав, и делает все от него зависящее для обеспечения такой защиты.

С учетом того, что в западноевропейских странах уже давно сформирована доминанта приверженности ценностям правового государства и суду как важнейшему инструменту защиты прав, свобод и обязанностей граждан, накопленный здесь опыт весьма полезен, тем более что на общеевропейском уровне есть инстанция — Европейский Суд по правам человека, деятельность которого имеет первостепенное значение для обеспечения справедливого судебного разбирательства.

Хотя, к сожалению, есть основания констатировать, что нарушения конституционного права на судебную защиту существуют. Обычно отказ в реализации этого права мотивируется отсутствием в том или ином конкретном нормативном правовом акте (кодексе, законе, указе и др.) права на обращение в суд. Действительно, иногда в актах законодательства предусматривается лишь право на обращение с жалобой в вышестоящий государственный орган или к вышестоящему должностному лицу. Такие пробелы в законодательстве дают повод для отказа в праве на обращение в суд. Подобная позиция должностных лиц (судей) объясняется либо умышленным игнорированием конституционных предписаний, либо сохранением прежнего стереотипа отношения к Основному Закону, в соответствии с которым нормы Конститу-

<sup>1</sup> С. М.: *Де Сальвиа М.* Прецеденты Европейского Суда по правам человека. СПб., 2004. С. 276, 277.



ции следует применять лишь тогда, когда они нашли свое закрепление в текущем законодательстве, например в кодексах. Однако во всех современных европейских странах аксиомой является признание не только верховенства конституционных норм, но и их непосредственное, прямое действие, когда речь идет о правах, свободах и обязанностях граждан. Принцип верховенства и прямого действия Конституции — основа для правотворческой и правоприменительной практики.

Как отмечает М. Энтин, «условно систему элементов, из которых складывается право на справедливое судебное разбирательство, можно подразделить на четыре группы: органические, институциональные, процессуальные и специальные»<sup>1</sup>.

Под органическими элементами понимаются те, которые обеспечивают эффективное пользование указанным правом, в частности обеспечивают доступ к правосудию и исполнение судебных решений<sup>2</sup>.

Уместно будет напомнить одну из статей Кодекса Наполеона, в которой записано: «Судья, который отказывается судить под предлогом молчания (*silence*), темноты или недостаточности закона, может подлежать преследованию по обвинению в отказе в правосудии»<sup>3</sup>.

К институциональным относят те критерии, которым должна соответствовать судебная система, органы, осуществляющие юрисдикционные полномочия.

Пункт 1 ст. 6 ЕКПЧ требует, чтобы юрисдикционные органы отвечали требованиям учреждения, претендующего на статус судебного. Если этого нет, то должен быть обеспечен контроль со стороны судебного органа с полной юрисдикцией.

Следует научиться формулировать законы четко, с тем чтобы позволить заинтересованным лицам — при необходимости с помощью юридической консультации — предвидеть с разумной для данных обстоятельств степень определенности те последствия, которые может повлечь конкретное действие.

Закон, предоставляющий публичной власти свободу усмотрения, должен определить ее пределы, а уровень требуемого уточнения зависит от конкретной области.

Принято считать законом только ту норму, которая сформулирована достаточно четко, чтобы гражданин мог скорректировать свои действия.

---

<sup>1</sup> Энтин М. Справедливое судебное разбирательство по праву Совета Европы и Европейского Союза // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2003. № 3. С. 86.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран / под ред. З.М. Черниловского. М., 1984. С. 281.

Требуемый уровень точности конституционных норм может быть меньше уровня, требуемого для другого законодательства, только из-за их общего характера.

Упорядочить, структурировать нормотворческую деятельность можно, если руководствоваться конституционными принципами.

В юридической научной литературе проблема оснований и пределов ограничений прав и свобод граждан в обычных условиях, а также в условиях особых правовых режимов исследована слабо, хотя имеет важнейшее и теоретическое, и практическое значение. Можно выделить три основных условия ограничения прав граждан: 1) необходимость; 2) пригодность; 3) соразмерность. Речь идет о запрете злоупотреблений ограничением конституционных прав и свобод со стороны государства, т.е. чрезмерного вмешательства в права и свободы. В то же время не исключается ситуация, когда даже допустимое с точки зрения критериев необходимости и пригодности ограничение прав может быть антиконституционным при нарушении принципа соразмерности. Несоразмерностью является несоответствие тяжести воздействия на конституционные права и свободы тем или иным общественным интересам, ради которых допускается то или иное нарушение<sup>1</sup>. Слово «необходимость» означает существование насущной общественной потребности, и оно соразмерно преследуемой правомерной цели.

Предсказуемость и разумная стабильность нормативного регулирования, учитывающая интересы государства, общества и отдельного человека, способствуют защите интересов этих субъектов, укрепляя при этом доверие граждан к государству.

Правовая система будет именно системой тогда, когда она будет настроена на самосовершенствование, а основой для этого должна быть Конституция.

Важнейшей задачей является упорядочение актов с учетом их иерархии. Для успешного развития правового государства акты текущего законодательства должны составлять выстроенную на основе Конституции правовую пирамиду, где отсутствуют противоречия и пробелы.

Процесс формирования единого правового (конституционного) пространства в Европе по существу представляет собой развитие конституционного права наднационального уровня<sup>2</sup>. Именно на него

<sup>1</sup> См.: *Экштайн К.* Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции: учебное пособие для вузов. М., 2004. С. 64, 68, 70.

<sup>2</sup> См.: *Моршакова Т.* Конституционная защита прав и свобод граждан судами Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 4. С. 124.

следует ориентироваться при осуществлении конституционной защиты прав и свобод граждан.

Анализ жалоб против России в Европейском Суде по правам человека можно классифицировать на несколько групп:

1) жалобы, имеющие отношение к уголовному процессу и содержанию лиц в местах предварительного заключения или исправительных учреждениях после осуждения (касаются условий содержания лиц в местах лишения свободы и ненадлежащего обращения с ними администрации);

2) жалобы относительно нарушения права на справедливое судебное разбирательство (например, неучастие в слушаниях заявителя в рассмотрении кассационной жалобы при присутствии прокурора, невозможность консультироваться с адвокатом). Эти же жалобы касаются отмены уже вступивших в законную силу судебных постановлений в порядке надзора, что подрывает правовую определенность;

3) жалобы на продолжительность производства по гражданскому делу.

Республике Беларусь также необходимо, ориентируясь на устоявшиеся стандарты европейской практики, совершенствовать собственное законодательство и его применение, создать программу восстановительного правосудия. Такая программа показала свою эффективность в Европе — в Англии, Германии, во Франции, в Чехии, а также в США, Канаде, Австралии.

Следует упомянуть о применении норм международных договоров. Конечно, суды применяют нормы международного права с учетом национальной правовой системы, в которой зафиксированы соответствующие правила. На наш взгляд, формировать практику применения норм международных договоров могут и должны не только государственные органы (в частности, суды), но и сами граждане. Люди, вступая в определенные отношения, могут ставить перед государственными органами вопросы о реализации прав, содержащихся в международных договорах, об обязанности органов власти их обеспечить. Соответствующую помощь оказывает и Конституционный Суд Республики Беларусь.

Необходимо пересмотреть сложившуюся практику саморегулирования судебной власти. Прежде всего речь идет о признании судебного прецедента в качестве источника права. Опыт европейских государств здесь также полезен. В то же время, признавая полезность разъяснений Верховного Суда и Высшего хозяйственного Суда Республики Беларусь по вопросам судебной практики, имеющих харак-

## *Методология сравнительного правоведения*

тер с субсидиарного толкования, их юридическое значение должно быть изменено.

В качестве позитивного момента отметим накопленный опыт обобщения высшими судебными инстанциями практики применения нормативных правовых актов. Однако такую аналитическую работу следует проводить в рамках каждого министерства, государственного комитета. Наиболее продуктивно мониторинг правового пространства осуществляется органами прокуратуры, которые вправе применить широкий спектр мер прокурорского реагирования, включая и принесение протестов.

В законодательстве Республики Беларусь должна быть закреплена норма, в соответствии с которой каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц. К этому обязывает правовой характер государства, а также необходимость формирования ответственности государства.

Все это сущностные элементы механизма гармонизации и белорусского, и европейского права, главные нормы и критерии утверждения человеческой личности в системе прав человека и права в целом.

---

---

---

В.С. Нерсесян,  
кандидат юридических наук  
(Российская академия правосудия)

## ПЕРВИЧНЫЙ ПОНЯТИЙНО-ПРАВОВОЙ КРИТЕРИЙ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

Познание связано со *сравнением*, поэтому все, что ни делают юристы, является в самом широком смысле сравнительным правоведением. В более узком, специальном смысле сравнительное правоведение — это сравнительно-правовое исследование нормативно-регулятивных систем прошлого или современности<sup>1</sup>, основу которых составляют отдельные *нормы права*, которые могут быть абстрактными (формальными), т.е. общими правилами для общего случая, либо конкретными, т.е. казусными правилами, лежащими в основе отдельных конкретных судебных решений, прецедентными. Мы рассматриваем только нормативно-регулятивные системы, основанные на использовании абстрактных норм.

Абстрактная норма права — это форма выражения формальной свободы в отношениях между людьми, нормативно-регулятивные системы — «носители» формальной свободы. Сравнительное правоведение является сравнением нормативно-регулятивных систем формальной свободы, а первичный понятийно-правовой критерий сравнительного правоведения — общее количество формальной свободы, которое может быть предоставлено обществу нормативно-регулятивной системой.

Право действует, т.е. регулирует общественные отношения субъектов права, при помощи дозволений и запретов нормы права, которые устанавливают «внешние границы» некоторой правовой области, в пределах которой *субъект права свободен* в своих правовых действиях, направленных на удовлетворение соответствующих интересов. Он свободен постольку, поскольку, действуя в пределах этой (дозволенной и свободной от запретов) области, может быть уверен, что находится в пределах «правового поля», т.е. не совершает ничего неправового, и что реализация его собственной свободы не ущемляет свободы других субъектов, находящихся с ним в правовых отношениях. Как сказано у В.С. Нерсесянца, «своим всеобщим масштабом и равной мерой право измеряет, “отмеряет” и оформляет именно свободу ин-

---

<sup>1</sup> См. : Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 452.

дивидов, свободу в человеческих взаимоотношениях — в действиях, поступках, словом, *во внешнем поведении людей*. Дозволения и запреты права как раз и представляют собой нормативную структуру и оформленность свободы в общественном бытии людей, пределы достигнутой свободы, границы между свободой и несвободой на соответствующей ступени исторического развития»<sup>1</sup>.

Мы исходим из положения о том, что *формальная свобода* является *исходным и определяющим*<sup>2</sup> сущностным признаком права и в этом качестве *объектом* правовых измерений (правовых уравнивающих действий), а *норма права*<sup>3</sup> как доктринальная (теоретическая) конструкция — всеобщей и необходимой понятийной формой выражения формальной свободы в отношениях между людьми<sup>4</sup>. Формальная свобода как объект права, правовых уравнивающих действий определяется качественно и количественно. *Качество* (качественная, *содержательная* определенность) формальной свободы — это характеристика конкретно определенного ее вида, отличающегося от других. К примеру, право на жизнь, право избирать, право на свободу слова и т.д. и т.п. — это отдельные (качественно различные) виды права и, соответственно, отдельные (качественно различные) виды формальной свободы<sup>5</sup>. *Количество* (количественная, *размерная* определенность) формальной свободы — это характеристика объема, полноты отдельного, конкретно определенного вида формальной свободы.

Следовательно, нормативно-регулятивные системы, определяемые нами в качестве *объектов* сравнительно-правового исследования, являются нормативно-регулятивными *системами формальной свободы*, а сравнительное правоведение — сравнительно-правовым исследованием нормативно-регулятивных систем как *«носителей» формальной свободы* в конкретно-определенном качестве и количестве.

Современное право имеет *специфические* особенности, подлежащие учету при сравнительно-правовых исследованиях, поэтому рассмотрение первичного понятийно-правового критерия сравнитель-

<sup>1</sup> *Нерсесян В.С.* Указ. соч. С. 59.

<sup>2</sup> Формальная свобода является определяющим признаком права, поскольку при ее отсутствии выпадает необходимость в уравнивающих действиях (в формальном равенстве) и невозможна уравниваемость субъектов в свободе (формальная справедливость).

<sup>3</sup> Норма закона как содержание нормы права является эмпирической формой выражения формальной свободы в жизни людей.

<sup>4</sup> См.: *Нерсесян В.С.* Правовое регулирование общественных отношений: пути и формы совершенствования законодательства: учебное пособие. М., 2006. С. 49, 50; *Он же.* Право и правовой закон. М., 2009. С. 33, 34.

<sup>5</sup> Каждому конкретно определенному виду общественных отношений и нормы права соответствует свой качественно определенный вид формальной свободы.

ного правоприменения следует предварить кратким рассмотрением особенностей современного права.

Мы исходим из положения о том, что *современное право* как форма выражения свободы людей и инструмент формально равной (на основе принципа «равной меры» абстрактной правовой деятельности)<sup>1</sup> правосудной защиты людей в их свободе имеет *две формы* (формально равную и формально неравную) и *единое* формально доступное (на основе принципа «равной меры» абстрактной правовой деятельности) правосудное содержание<sup>2</sup>. Оно (современное право) как регулятор формально равных и формально неравных отношений людей должно обеспечивать *формально равный доступ*<sup>3</sup> к норме права (закона) всем взаимодействующим субъектам независимо от их различающихся абстрактных правовых статусов<sup>4</sup> и этим обеспечивать

<sup>1</sup> Мы используем два *разных* принципа: принцип «равной меры» формальной свободы (принцип В.С. Нерсесянца) и принцип «равной меры» абстрактной правовой деятельности. Принцип «равной меры» абстрактной правовой деятельности (или принцип формально равного доступа субъектов к норме права (закона) независимо от их различающихся абстрактных правовых статусов) является более общим и содержательным принципом по сравнению с принципом «равной меры» формальной свободы (принципом формального равенства) и содержит его в себе в качестве своего частного, особенного случая.

<sup>2</sup> См.: Нерсесян В.С. Формально-равные и формально-неравные отношения в праве. Основы общей теории // Доклад на теоретико-методологическом семинаре «Право и политика». Москва, 28 мая 2011 г., ИГП РАН: <<http://www.igpran.ru>>; *Он же*. О происхождении права и формировании человека юридического // Российский юридический журнал. 2011. № 5. С. 30–36; *Он же*. Современное право: формы и содержание // Вопросы правоприменения. 2011. № 3.

<sup>3</sup> Понятие доступа к норме права (закона) характеризует возможности, которые получают абстрактные субъекты при использовании нормы права (закона) для защиты своих интересов. Доступ абстрактных субъектов к норме права (закона) — это характеристика правоотношения как деятельностного процесса, определяющего возможности формально равного (при «равной мере» абстрактной правовой деятельности, абстрактной правовой работы) использования этой нормы абстрактными субъектами для защиты своих интересов независимо от их абстрактного правового статуса. Есть формально равный доступ к норме права (закона) — значит есть возможность ее формально равного, правосудного использования, нет доступа — нет такой возможности. Формально доступная норма (норма, установленная на основе «равной меры» абстрактной правовой деятельности) определяется как формально исполнимая и наоборот. В обществе с самоидентификационным формальным равенством действует по определению исходный эмпирический принцип формально равного доступа субъектов к норме права (закона), дополняемый в исследовательской практике теоретическим принципом формального равенства, «равной меры» формальной свободы. В обществе с самоидентификационными формальными неравенствами эмпирический формально равный доступ субъектов к норме права (закона) невозможен, поэтому в таком обществе формально равный доступ субъектов к норме права (закона) осуществляется на основе необходимых балансно-соразмерных теоретических построений, использующих положение о «равной мере» абстрактной правовой деятельности взаимодействующих субъектов.

<sup>4</sup> В контексте данного исследования «абстрактный правовой статус» — это правовой статус абстрактного субъекта абстрактного правового отношения, который опре-

формально равную (на основе «равной меры» абстрактной правовой деятельности) правосудную защиту их интересов. Отказ в правосудии недопустим: право, допускающее формальные «отказы в правосудии», перестает быть правом.

Современное право формируется как понятийное (аксиоматическое и рекурсивное) *теоретическое знание*<sup>1</sup> на основе «движения и конкретизации» своего *исходного внешнего* концептуального средства — правового принципа формально равного доступа субъектов к норме права (закона) — и как таковое обладает всеми определяющими признаками теоретического знания (проверяемостью, достоверностью, достаточностью и реформируемостью)<sup>2</sup>.

Формально неравные отношения в своей самоидентификационной *эмпирической* данности существовали *всегда* (вне первобытного общинного строя)<sup>3</sup>: и в Древней Греции, и в Древнем Риме; и в Средние века, и в Новое время. Они существуют и ныне, в том числе и в российском праве, например в отношениях между физическим лицом и юридическим лицом как субъектами, абстрактные правовые статусы которых различаются. Существенно, что эмпирические (самоидентификационные) формальные неравенства правом не являются, так как направлены *против* цели права, состоящей в прогрессе формальной свободы<sup>4</sup>, в увеличении количества и общего количества формальной свободы в отношениях между людьми<sup>5</sup>. Действие эмпирических формальных неравенств ведет к *уменьшению* общего количества формальной свободы в обществе. Они (эмпирические формальные неравенства) могут быть определены как антиправо.

Правом, т.е. инструментом формально равной правосудной защиты интересов людей, формально неравные отношения становятся

---

деляется его положением в правоотношении, его ролью и выполняемыми функциями, его индивидуальными возможностями как субъекта правовой деятельности (правовой работы). Для количественного выражения абстрактного правового статуса субъекта используется понятие о его абстрактном интегральном индивидуальном правовом ресурсе как совокупности его интеллектуального, информационного, административного, материального, физического, духовного и т.д. ресурсов, представленных в абстракции.

<sup>1</sup> См.: Юм Д. Трактат о человеческой природе; Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1990. С. 59, 60; Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 14–16; Степин В.С. Теоретическое знание. М., 2003. С. 10.

<sup>2</sup> См.: Коновалов А.И. Супрамолекулярные системы — мост между неживой и живой материей // ТВ. Научно-познавательная программа «Академия». 29.11.2010.

<sup>3</sup> В первобытном обществе имели место формальные равенства и фактические неравенства; формальных неравенств не было, поскольку первобытная община не знала абстрактно-статусных различий.

<sup>4</sup> См.: Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 62, 497.

<sup>5</sup> См.: Нерсесян В.С. Право и правовой закон. М., 2009. С. 226, 233–240.



*только* в теории и балансно-соразмерных расчетах, соответствующих требованиям правового принципа *формально равного доступа* субъектов к норме права (закона) как принципа *«равной меры»* абстрактной правовой деятельности, принципа *должной* (соответствующей цели права) *«неравной меры»* формальной свободы взаимодействующих субъектов.

Сравниваемые нормативно-регулятивные системы должны обладать понятийно-правовым единством, т.е. представлять собой различные (по своей социально-исторической развитости, национальной специфике, доктринальной разработке, юридико-техническим характеристикам, терминологическим особенностям и т.д.) формы проявления одной и той же правовой сущности<sup>1</sup>.

Единого подхода для определения правовой сущности (правового характера) нормативно-регулятивной системы как объекта сравнения юриспруденция еще не выработала. Разными исследователями используются различные первичные критерии (признаки), которые всецело определяются разделяемыми ими концепциями правопонимания, правовыми подходами.

Для исследователей, применяющих естественно-правовой подход, первичным критерием для определения правового характера сравниваемых нормативно-регулятивных систем является признание в них и реализация требований естественного права — естественных и неотчуждаемых прав и свобод человека, нашедших закрепление в современных международных актах о правах человека и конституциях многих стран, в том числе и в Конституции РФ 1993 г. Это чисто качественный подход.

Согласно либертарно-юридическому подходу В.С. Нерсесянца критерием для определения правового характера сравниваемых нормативно-регулятивных систем является их соответствие (в целом и в части отдельных норм, институтов, отраслей и т.д.) требованиям принципа формального равенства как принципа *«равной меры»* формальной свободы<sup>2</sup>. Это современный качественно-количественный подход, позволяющий получать *достоверные* расчетные данные для проведения адекватных сравнений в у словиях, когда отношения между взаимодействующими субъектами являются *только* формально равными. Для сравнительно-правового исследования нормативно-регулятивных систем, которые содержат в себе как формально равные, так и формально неравные отношения, принцип *«равной меры»* формальной свободы оказывается недостаточным.

<sup>1</sup> См.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. С. 451.

<sup>2</sup> Там же. С. 452.

## *Методология сравнительного правоведения*

Согласно нашему подходу, предназначенному для сравнения нормативно-регулятивных систем *современного права*, которые содержат в себе как формально равные, так и формально неравные отношения, критерием для определения правового характера сравниваемых систем является их соответствие требованиям принципа формально равного доступа субъектов к норме права (закона) как принципа «равной меры» абстрактной правовой деятельности. Количественная оценка критерия для определения правового характера сравниваемой системы производится по общему количеству формальной свободы, которое может быть предоставлено обществу сравниваемой нормативно-регулятивной системой.

---

---

---

*С.Ю. Кашкин,*  
доктор юридических наук  
(МГЮА им. О.Е. Кутафина)

## **МЕСТО СРАВНИТЕЛЬНОГО И ИНТЕГРАЦИОННОГО ПРАВА В РАЗВИТИИ СОВРЕМЕННОГО ПРАВА**

Интеграционное право все определеннее влияет на самые различные стороны эволюции права в современном мире, а адекватное представление о нем невозможно вне сравнительно-правового контекста. Сравнительное право, которое раньше играло весьма вспомогательную роль, приобретает сегодня все большее значение. Оно тесно связано с общей эволюцией мирового права и оказывает на его развитие возрастающее влияние, приводя к качественным изменениям всемирного значения, которые необходимо исследовать и учитывать на практике.

В современном глобализирующемся мире эволюция права происходит все более у скоряющимися темпами. Она проявляется во взаимодействии посредством использования инструментария сравнительного права, зарубежного права разных стран, международного права и интеграционного права — более всего на примере права Европейского Союза.

Большое значение для унификации экономических, политических, культурных, идеологических и иных факторов, под воздействием которых функционирует право, и имеют процессы интеграции и глобализации. Они влияют и на международное, и на конституционное право, а также на любую отрасль законодательства, создавая базу общих тенденций развития современного права.

Замена стихийного развития сознательным и целенаправленным правовым регулированием посредством творческого использования богатого инструментария сравнительного права превращается в один из важнейших способов обеспечения жизнеспособности человечества, стабильности государств, адаптации их к изменяющимся условиям.

Правовое развитие стран Азии, Африки и Латинской Америки, продолжающееся в современную эпоху информационного взрыва и масштабного трансграничного передвижения больших масс населения, становится более самостоятельным, не только дающим иногда весьма интересные результаты, но и создающим серьезные проблемы.

Исторически более «опытные» США и страны Европы остаются «законодателями» правовой моды, поскольку именно там находятся важнейшие материально-финансовые и силовые ресурсы, формируются основополагающие тенденции правового развития, призванные отвечать на вызовы современности. Там разрабатываются многие инструменты правового воздействия, распространяющиеся по всему миру. Именно их правовые модели и методы рассматриваются другими странами, межгосударственными союзами и организациями через призму сравнительного правоведения в поисках рационально-го зерна для применения у себя.

Во внутрисударственном праве многих стран в последние полтора десятилетия наблюдалось диалектически противоречивое развитие.

Так, вплоть до кризиса 2008 г. имел место процесс правовой либерализации — движения от жесткого контроля государством к более мягкому правовому регулированию, обеспечивающему относительную гибкость применительно к конкретной ситуации. Например, в Германии — так называемое регулировочное право. У нас по аналогии появились саморегулируемые организации. Частично это заимствования из англосаксонской правовой системы, в том числе прецедентного права, и использование так называемого мягкого права. В Европейском Союзе это предпочтение более мягкой гармонизации за счет директив по сравнению с более жесткой унификацией за счет регламентов.

Так, новые правовые положения подчас сознательно не конкретизируются, оставляя реализацию на откуп судебной практике, которая исторически представляет собой едва ли не первый, естественно возникший пример масштабного применения «сравнительного судебного права». Например, регулирование вопросов о злоупотреблении доминирующим положением в антимонопольном праве. Аналогичные приемы использовались и раньше, во французском законодательстве XIX в.

Мировой финансовый кризис 2008 г. развернул тенденцию в обратном направлении — это тоже прием, заимствованный из английской правовой системы. Это жесткое и детальное правовое регулирование на уровне закона, почти не оставляющее места для судебного прецедента, и различные формы контроля, которые затронули в первую очередь финансовое и корпоративное право. В этих сферах, подобно проявлению инстинкта самосохранения, усиливаются национальные, наднациональные и международные контрольно-ревизионные органы. В Англии такой механизм объяс-

нялся ревностным соревнованием законодательной и судебной властей. Сегодня его подобие пытаются использовать для создания баланса, необходимого для обуздания мирового финансово-экономического кризиса.

Эти две диалектически единые, но разнонаправленные тенденции борются на уровне внутригосударственного права, отражая в каждый конкретный момент потребности правового регулирования отношений, возникающих в реальной жизни. Единство и взаимозависимость современного мира приводят к тому, что эти тенденции преодолевают пределы национальных границ, охватывают наднациональный уровень интеграционных организаций и привлекают к себе внимание международных организаций.

При столкновении теоретических подходов к решению насущных проблем современности и путей практического их решения приоритет в зарубежном праве, как правило, отдается практике. Это наблюдается и в современной зарубежной правовой литературе.

В конституционном праве зарубежных стран имеет место все более ярко выраженная и непосредственно вытекающая из реализации приемов и методов сравнительного права тенденция взаимного конституционного заимствования. В результате реализации инструментария сравнительного конституционного права формируются вполне однородный даже для разных континентов «общий конституционный стандарт». Это происходит под воздействием распространения общепризнанных принципов международного права, обновляющихся представлений о современном правовом государстве, механизмах и принципах управления им, универсальных прав и свобод человека, требованиях к безопасности, экологии и т.д. При этом складывается некий общий «конституционный идеал», отказываться от которого никому идеологически не выгодно. В свою очередь, идеология не только приобретает все большее значение на национальном уровне, но и выходит на уровень наднациональных организаций. Она подчас используется и для вмешательства во внутренние дела других государств.

Через сравнительное конституционное право общедемократические принципы, нормы и стандарты трансформируются в конкретные отрасли. Бывает движение и в обратном направлении. Именно метод сравнительного правоведения обеспечивает конструктивное взаимопроникновение прагматических правовых идей, принципов, институтов, механизмов и норм международного и конституционного права и отраслевого законодательства. Все более активно функционирует и диверсифицируется «сравнительное отраслевое право».

Наряду с традиционными отраслями права с применением сравнительного права формируются «комплексные отрасли (в сфере здравоохранения, образования и т.д.). Их могут охватывать суперотрасли типа экономического права, социального права, природоресурсного права. Очевидна новизна таких предметов правового регулирования, как энергетическое и информационное право»<sup>1</sup>.

В целом на фоне растущих масштабов и глобальной неразрывности решения внутренних проблем от мировых в мире наблюдается тенденция смещения главного направления развития современного сравнительного права с концентрации его на проблемах сугубо отраслевого и внутригосударственного правопорядка к переносу акцента на регулирование проблем регионального (наднационального) и глобального правопорядка. Как отмечает Ю.А. Тихомиров, «глобализация в мире приводит к интернационализации права»<sup>2</sup>.

Происходит укрупнение масштабов и углубление целенаправленного воздействия метода сравнительного правоведения на достижение баланса цивилизационного развития, правда не всегда с равноправным учетом всех его участников.

На региональном уровне одной из наиболее эффективных «лабораторий» по разработке новых интеграционных механизмов правового регулирования является Европейский Союз, который посредством механизмов сравнительного права и использования специфических, неразрывно с ним связанных методов гармонизации и унификации создает не только внутренний рынок, единую валюту, экономический союз, но и единое правовое пространство, без которого наднациональные «постройки» в принципе невозможны.

В результате этих процессов формируется гражданин Европы как промежуточный тип на пути к гражданину мира. У такого гражданина появляются элементы наднационального правового мышления, которое крайне необходимо современному юристу. Английский профессор У. Твининг отмечает, что особое значение приобретает тенденция формирования новой наднациональной европейской и глобальной правовой теории, новой правовой и конституционной культуры, и деологии, методологии познания о кружающей человека правовой среды<sup>3</sup>. Все это также невозможно без применения механизмов и методов сравнительного правоведения, формирующего

---

<sup>1</sup> Тихомиров Ю.А. О тенденциях современного развития сравнительного правоведения. В кн.: Порівняльне правознавство: досвід і проблеми викладання / за ред. Ю.С. Шемшученка. Киев, 2011. С. 32.

<sup>2</sup> Тихомиров Ю.А. Государство: преемственность и новизна. М., 2011. С. 68.

<sup>3</sup> См.: Twining W. Globalization and Legal Theory. L., 2000. P. 53, 54.

основы такого мышления, выходящего за узкие рамки национального права и интересов.

Свой вклад в развитие такой теории и культуры осуществляет Европейский Союз. В этом плане право Европейского Союза обладает некоторыми «прогностическими» свойствами, изучение которых заслуживает внимания.

В ЕС происходит процесс наднациональной конституционализации права. Имеет место, с одной стороны, усиление эффективности права за счет его универсализации и гармонизации на большем пространстве, с другой — разработка механизмов обеспечения единства и консенсуса посредством максимального учета разнообразия участников и использования новых источников права или приспособления к новым условиям старых.

Так, обогащается опыт прецедентного права, применяются в необходимых случаях источники мягкого права (*soft law*), изобретено так называемое полумягкое право (*hoft law*), используется правило *opt-in* и *opt-out*, придается особая сила нормам-принципам.

Многие известные ученые признают общие принципы права ЕС в качестве важных источников права<sup>1</sup>, значение которых «даже больше, чем писаное право, порожденное учредительными договорами»<sup>2</sup>.

Лиссабонский договор ввел в европейское право новое понятие — «ценности ЕС», которое в новом контексте понимается как более высокие по своему юридическому значению нормы, чем принципы права Европейского Союза. Введя категорию ценностей, европейский законодатель пытался внести большую четкость в систему принципов правовой системы ЕС<sup>3</sup>. Однако подлинное взаимодействие этих новых понятий все еще предстоит определить практикой Суда ЕС. К этим ценностям относятся демократия, равенство, правовое государство, соблюдение прав человека, плюрализм, терпимость, справедливость и т.д. Особенно примечательно то, что все эти ценности и принципы, сначала появившиеся в праве демократических государств, подняты в ЕС на качественно новый, наднациональный уровень, а в более отдаленной перспективе — и на глобальный.

<sup>1</sup> См.: *Lenaerts K., Desomer M. Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union Simplification of Legal Instruments and Procedures // European Law Journal. 2005. № 6. P. 745; Горниг Г., Витвицкая О. Право Европейского Союза. М., 1998. С. 282; Этин Л.М. Право Европейского Союза. Новый этап эволюции: 2009–2017 годы. М., 2009. С. 84, 100.*

<sup>2</sup> *Edward D., Lane R. European Community Law. An Introduction. Edinburgh, 1995. P. 64.*

<sup>3</sup> См.: *Blanke H.-J. The protection of fundamental rights in Europe. P. 2 // <www.europeanpubliclaw.eu>.*

Возьмем, например, понятие «господство права», которое сначала появилось как идея, потом приобрело популярность во внутреннем праве развитых демократических государств Европы, особенно Германии, Великобритании, Франции. При этом в каждой стране имела определенная специфика трактовки этой теории.

Демократизация права создала возможности для развития и утверждения правового государства в конституциях отдельных переломных государств, а под воздействием процесса конституционализации господства права оно стало распространяться в конституциях других стран мира.

Интеграция создала условия для поднятия этого феномена на региональный европейский уровень, а пример Европы в этом плане под воздействием процесса глобализации приводит к признанию его в качестве обязательного компонента любого современного демократического государства.

При этом ЕС породил понятие «наднациональное правовое государство», добавил в него такой компонент, как «принцип хорошего управления» на наднациональном уровне, и выработал уже для всего мира новое понятие «хорошее глобальное управление». Так это важное понятие вышло на наднациональный и глобальный уровни.

Утверждение господства права на глобальном уровне вслед за правами человека стало бы логическим результатом развития гуманистических идей, заложенных еще в эпоху Просвещения.

Тенденция к многоуровневому использованию правовых достижений Союза на национальном, региональном, наднациональном и глобальном уровнях способствует созданию в мире большей правовой однородности, необходимой в эпоху глобализации для преодоления кризисов планетарного масштаба.

Еще одно интересное, особенно для российской правовой системы и мышления, свойство права ЕС — это признание обязательной юридической силы преамбул<sup>1</sup> к Договору об учреждении ЕС и Договору о функционировании ЕС<sup>2</sup>.

Особое место в иерархии норм права Европейского Союза занимают цели, которые представляют собой «одно из важнейших условий его существования». Закрепляемые в правовых нормах цели определяют вектор развития ЕС, его юрисдикцию, структуру построения и функционирования его институциональной системы. Если квалифицировать интеграцию как процесс, то цели определяют его на-

<sup>1</sup> Положения преамбулы в национальном законодательстве обычно рассматриваются как декларативные заявления, не имеющие обязательной силы.

<sup>2</sup> См.: Энтин Л.М. Указ. соч. С. 104.



правленность, последовательность и поэтапность»<sup>1</sup>. Судебная практика закрепила приоритетный характер норм-целей в случае правовых коллизий или при толковании и у становлении законности правовых актов Союза.

Этот момент важно принимать во внимание при рассмотрении эффективности интеграционного права. Именно правильный выбор цели интеграции и последовательное их осуществление было одним из ключевых у словий реализации коммунитарного метода Моне-Шумана на заре создания европейских сообществ.

Как мы видим, сравнительное право выступает в качестве методологии осознания и оценки возникающих новых правовых явлений, понятий или переосмысления старых, ранее известных, но которым придается новое содержание или даже юридическая сила.

Именно в праве Европейского Союза формируются сегодня новейшие тенденции, позволяющие прогнозировать право будущего, отрабатываются формы и методы его функционирования, закладываются основы «сравнительного наднационального (интеграционного) права».

Европейскому Союзу не вполне подходила классическая система разделения властей, поэтому была создана и у совершенствована Договором о реформе 2007 г. гибкая и подвижная саморазвивающаяся система элементов н аделения компетенцией и в взаимодействия институтов, не ставящая перед собой целью раз и навсегда их разделить или жестко закрепить в определенной взаимной связи. Эффективности системы управления ЕС служат принципы верховенства, прямого действия, пропорциональности и субсидиарности, сочетания коллективности и единоначалия, соблюдения баланса регионов, государств и Союза, классов и политических партий на различных уровнях союзной политической жизни. Это яркий пример эффективного применения сравнительного права.

Формирование региональных интеграционных группировок на постсоветском пространстве с участием Российской Федерации потребует от России анализировать, сравнивать и широко использовать накопленный Европейским Союзом и другими интеграционными группировками правовой опыт, ибо правовые инструменты и тенденции этого развития могут быть весьма схожими.

Поскольку право Европейского Союза находится где-то между международным и конституционным правом, в нем формируются собственные своеобразные методы правового регулирования. Если

---

<sup>1</sup> См.: *Энтин Л.М.* Указ. соч. С. 71.

в международном праве более всего приемлем метод координации, согласования интересов суверенных субъектов, то в конституционном праве преобладает императивный метод, обеспечивающий иерархию правовых норм. В праве Европейского Союза участники этого объединения с начала договариваются и координируют с свои позиции, а затем в своей деятельности подчиняются этим договоренностям, т.е. формируется специфический метод права ЕС — метод «скоординированной субординации». Он, как представляется, имеет большие перспективы для интеграционного регулирования.

Интересные тенденции права будущего закладываются Европейским Союзом в сфере прав человека и гражданина.

Из Хартии ЕС об основных правах 2000 г. можно вывести принципиально новую тенденцию развития права в третьем тысячелетии. Она состоит в основном на методе сравнительного правоведения поиске баланса правовых средств, направленных на реализацию позитивных и ограничение негативных последствий интеграции, интернационализации и глобализации.

Хартией предпринята попытка нового, более гармоничного сочетания прав и свобод с обязанностями и ответственностью друг перед другом, «человеческим обществом и будущими поколениями»<sup>1</sup>. Эта ответственность касается единого комплекса субъектов, который в настоящем времени охватывает личность, государства, нации, интеграционные объединения и человечество в целом, а в перспективе обращен к еще не существующим будущим поколениям. Эта неразрывная связь современного права с будущим и признание ответственности перед ним имеет, на наш взгляд, особое значение.

Происходит новое осмысление принципа ненасилия, проявляющегося в стремлении к эволюционному созиданию без разрушения, т.е. выбор объединяющейся Европой взвешенного, цивилизационного движения из уважаемого прошлого через прагматическое настоящее к достойному будущему.

Хартия, которой Лиссабонский договор придал силу первичного права, одновременно является инструментом ускорения со здания гражданских обществ в государствах — участниках Европейского Союза и формирования гражданского общества в рамках всей европейской интеграционной группировки. Демократический глобализм будущего может быть построен только на основе гуманистического регионализма настоящего. При этом государства с неизбежностью

<sup>1</sup> Преамбула Хартии Европейского Союза об основных правах (в редакции Лиссабонского договора). В кн.: Европейский союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М., 2008. С. 556.

должны будут отдавать некоторые из своих полномочий не только интеграционному образованию, но и наднациональному гражданскому обществу по мере его созревания. Наднациональные гражданские общества, как представляется, будут расширять свои региональные границы в планетарном направлении.

Европейское право оказалось весьма практичным с точки зрения использования всех работающих на практике приемов, методов, правовых механизмов и теорий, выработанных не только 27 странами Союза, куда входят представители разных правовых семей, но и юридической наукой в целом.

ЕС творчески переработал не только достижения права западного общества, но и наследие СССР. После развала Советского Союза социализм в значительной степени «возродился» на новом уровне в Европейском Союзе. Так, Лиссабонский договор в ст. 3 провозгласил своими целями содействие миру, благосостоянию своих народов; предоставление своим гражданам пространства свободы, безопасности и правосудия; устойчивое развитие на основе сбалансированного экономического роста и стабильности цен, конкурентоспособной социальной рыночной экономики, стремящейся к полной занятости и социальному прогрессу, равенства, социальной справедливости и социальной защите и даже планирование как средство достижения этих целей.

ЕС использует идеи равноправного сотрудничества объединенных в Союзе наций, народов, культур и религий на благо прогрессивного развития Европы и мира. Эти идеи, подобно главному лозунгу ЕС — «единство в многообразии», также были заимствованы из конституционного права федеративных государств (США, Индийского Союза, СССР). Опять мы наблюдаем использование инструментов сравнительного права.

Самое главное состоит не в различиях теоретических подходов, а в том, что с появлением наднациональной правовой системы Европейского Союза прежнюю двухуровневую структуру, состоявшую из международного и национального права, сменила принципиально новая современная структура, включающая три уровня взаимоотношений.

В нее на равноправных условиях входит три автономные, имеющие свои специфические черты, самодостаточные, но взаимосвязанные системы права: национальное право государств, наднациональное интеграционное право, наиболее репрезентативно представленное сегодня правом ЕС, и международное право. Отношения в этом «треугольнике» характеризуются совершенствованием каждой

из систем при углублении и одновременно росте соревновательности и взаимодействия между ними. Эти сложные правовые взаимосвязи приобретают разноуровневый характер, а также демонстрируют качественно новые параметры. Здесь конструктивно и прагматически взаимодействует одновременно несколько уровней и проявлений сравнительного права: отраслевое сравнительное право, национальное сравнительное право, конституционное сравнительное право, наднациональное сравнительное право, «судебное сравнительное право» и международное право.

При этом надо признать, что наднациональность, столь широко и эффективно применяемая в праве Европейского Союза и являющаяся его важной отличительной чертой, с начала зародилась в недрах международного права. Само понятие наднациональности встречается еще в труде Сен-Симона и О. Тьерри (1814 г.).

В.М. Шумилов признает, что право МВФ «в значительной степени является наднациональным»<sup>1</sup>. Он полагает, что «в условиях формирования единого мирового экономического пространства наднациональная функция права становится объективно необходимой. Элементы наднациональности присущи деятельности МВФ, ВТО»<sup>2</sup>, финансовых организаций универсального характера, Совета Безопасности ООН, а также некоторых других международных организаций. Необходимость создания надгосударственных структур в интеграционных образованиях на постсоветском пространстве отметил В.В. Путин<sup>3</sup>.

Неразрывная и взаимообогащающая связь этих трех самостоятельных, обладающих своими закономерностями и принципиальными различиями правовых систем стала важнейшей движущей силой развития современного права. Именно в конкуренции между ними на эффективность и способность адаптироваться к условиям быстро меняющегося мира заложены многие рецепты развития и совершенствования современного права. Необходимо создание действенного баланса суверенного внутригосударственного права, несколько теряющего свою регулируемую силу в условиях однополярного мира, традиционного международного (публичного) права и нового, наднационального европейского права и права других интеграционных организаций. Именно в этом «антимонопольном» соревновании современные ученые, с использованием теоретических

<sup>1</sup> Шумилов В.М. Международное право в эпоху глобализации. М., 2003. С. 234.

<sup>2</sup> Там же. С. 30.

<sup>3</sup> См.: Путин В.В. Новый интеграционный проект для Евразии — будущее, которое рождается сегодня // Известия. 2011. 3 окт.

механизмов сравнительного правоведения, могут найти пути решения многих практических проблем и преодоления вызовов времени.

«Интеграция России в европейское и международное сообщество заставляет видоизменять многие традиционные правовые институты и интерпретировать отечественные конституционно-правовые нормы и принципы, а также соответствующие нормы и принципы международного и европейского права»<sup>1</sup>.

Тревожной реальностью развития постсоветской истории стала однополярность современного мира. При отсутствии реального баланса сил, на котором основывалось международное право после Второй мировой войны, ООН и другие международные механизмы становятся все менее эффективными, и определенные круги стремятся использовать их с позиции силы. В результате происходит снижение регулирующего влияния международного публичного права при закономерно растущей потребности в такого рода регулировании.

Однако природа не терпит пуста, поэтому некоторые сферы, которые ранее регулировались международным правом, пытаются брать на себя региональные международные организации и отдельные государства. Нестабильность мира в целом от этого только увеличивается, ослабляется его международно-правовая управляемость.

Одновременно происходит своеобразная переоценка ценностей и на уровне национального права. В условиях взаимосвязанных процессов интеграции и глобализации национальные границы и национальное право становятся подчас узкими для отвечающего потребностям времени эффективного развития и решения глобальных проблем мирового сообщества. Тенденция к глобализации права проявляется в интернационализации правовых норм, приемов и методов, используемых во внутригосударственном праве, а также в своеобразной региональной гармонизации права, наиболее отчетливо просматривающейся на примере Европейского Союза.

Как точно отметил академик РАН О.Е. Кутафин, «почти все новые тенденции развития современного права, в том числе конституционного и международного, находят свое отражение в праве Европейского Союза. Поэтому его изучение представляет собой бесценную возможность познакомиться с новейшими тенденциями, идеями и методами, представляющими собой последние достижения мировой правовой мысли»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Кутафин О.Е. Российский конституционализм. М., 2008. С. 50.

<sup>2</sup> Кутафин О.Е. К читателю. В кн.: Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М., 2008. С. 6.

В результате «переделки в общеевропейском котле» с использованием методов сравнительного правоведения формируются качественно новое наднациональное европейское право. Оно играет роль промежуточного звена, связывающего внутригосударственное и международное право.

Важнейшей тенденцией развития права современного мира является одновременный комплексный и системный процесс интернационализации европейского и внутригосударственного права. Он переплетается с европеизацией как международного права, так и национального права государств. При этом в самом праве Европейского Союза усиливаются черты качественно нового наднационального права, сохраняющего при этом существенные непротиворечивые международно-правовые характеристики.

Именно это право в рамках мирового цивилизационного процесса играет роль важного промежуточного этапа на пути к праву основанному на общечеловеческих ценностях.

Сравнительное право оказывает комплексное и системное воздействие на развитие мирового права и интеграционных процессов, выступая прежде всего в качестве:

- 1) инструмента совершенствования правовой теории, развития правовой методологии и правоприменения;
- 2) неотъемлемого элемента повышения эффективности деятельности органов законодательной, исполнительной, судебной и контрольной власти на национальном и наднациональном уровне;
- 3) важной составной части правового образования и воспитания, современной правовой и политической культуры;
- 4) механизма обеспечения правовой адаптации личности в меняющейся социальной среде;
- 5) средства общей организации и использования правовой информации.

Можно выделить последовательно развивавшиеся с использованием сравнительного права следующие формы и этапы правового заимствования.

1. Сначала это было межгосударственное правовое (включая отраслевое) заимствование по схеме государство—государство.

С использованием межгосударственного правового заимствования и инструментов международного права происходит формирование однородного регионального правового пространства, являющегося основой для создания региональной интеграционной организации, первой из которых и наиболее развитой в мире оказался

Европейский Союз. В результате возникает региональное интеграционное сравнительное право.

2. Государства-соседи интеграционного образования обращаются к выгодному им заимствованию «правовых достижений сообщества» в свое внутреннее право — это создает благоприятные условия для дальнейшего расширения и совершенствования европейской интеграции. Та же закономерность наблюдается и вокруг других интеграционных организаций. Здесь действует схема правового заимствования: государства-соседи изучают опыт и вступают в союз или сами формируют аналогичные региональные интеграционные организации.

На этом этапе, когда заимствование осуществляется уже между самостоятельными интеграционными группировками, формируется межрегиональное сравнительное интеграционное право.

3. В других регионах по мере созревания (социально-экономических и политических) условий формируются новые интеграционные образования, которые заимствуют более передовой, проверенный на практике правовой опыт Европейского Союза и других подобных организаций, т.е. одна региональная интеграционная организация заимствует у другой региональной интеграционной организации. Поскольку чаще опыт заимствуется у права Европейского Союза, происходит как процесс европеизации права отдельных государств<sup>1</sup>, так и признаваемая многими учеными общая европеизация права<sup>2</sup>, причем не только в европейских странах, но и на других континентах.

В результате в разных регионах мира возникает более гармонизированное правовое пространство, и на его базе формируются относительно однородные региональные интеграционные организации, которые, в свою очередь, дополняют друг друга. Появляются организации, различные по форме, направленности и уровню интеграции, в том числе и на постсоветском пространстве. Они, в своем взаимодействии, способствуют созданию новой, более справедливой и сбалансированной полицентрической структуры мира.

4. На этой основе начинается формирование общего интеграционного права, а с его использованием могут создаваться прогрессивные общецивилизационные отдельные сферы гармонизированного правового регулирования. Первыми из таких глобальных сфер интеграции могут стать права человека, экология, борьба с изменением

<sup>1</sup> См.: *Калиниченко П.А.* Правовое регулирование отношений между Россией и Европейским Союзом: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011. С. 22, 23, 40.

<sup>2</sup> См.: *Snyder Fr. (ed.)* Europeanisation of Law: Legal Effects of European Integration. Oxford, 2000.

климата, наука и космос, борьба с терроризмом, мирное урегулирование конфликтов и т.д.

5. При благоприятных условиях эти сферы могут территориально расширяться и соединяться в соответствии с известным в ЕС эффектом перелива. Одновременно может происходить процесс «интеграции интеграций», т.е. постепенного слияния различных региональных демократических интеграционных организаций в одну глобальную интеграцию, которая и представит собой более взаиморегулируемый, а потому полнее отвечающий интересам больших общностей людей процесс развития глобализации. Таким образом, на базе общего интеграционного права и взаимодействия различных форм интеграции и интеграционных группировок в разных районах мира может постепенно реализовываться предсказанная И. Кантом тенденция к формированию глобального права нашей цивилизации.



---

---

---

Н.Г. Семилютина,  
доктор юридических наук  
(ИЗиСП)

## ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЕДИНОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО ПРОСТРАНСТВА (НА ПРИМЕРЕ ФОРМИРОВАНИЯ ИНТЕГРИРОВАННОГО ВАЛЮТНОГО РЫНКА)

В феврале 1999 г. в Москве Республика Беларусь, Республика Казахстан, Кыргызская Республика, Российская Федерация и Республика Таджикистан подписали Договор о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве (далее — Договор 1999 г.), в котором стороны принимали на себя обязательство завершить формирование Таможенного союза и создать на его основе Единое экономическое пространство (ст. 2). В качестве целей формирования Единого экономического пространства в ст. 3 Договора 1999 г. указывались в том числе<sup>1</sup>:

- эффективное *функционирование общего (внутреннего) рынка товаров, услуг капиталов и труда*;
- проведение *согласованной* налоговой, *денежно-кредитной, валютно-финансовой*, торговой, таможенной и тарифной политики;
- развитие единых транспортных, энергетических и *информационных систем*.

Согласно ст. 7 Договора 1999 г. Единое экономическое пространство формируется поэтапно. Переход от этапа к этапу будет обусловлен фактическим достижением специфических целей Договора и выполнением обязательств. Завершение первого связано с завершением формирования Таможенного союза и единой таможенной территории. Второй этап предполагает формирование Единого экономического пространства, включающего формирование общего (внутреннего) рынка товаров, услуг, капитала и труда, проведение общей экономической политики и создание единой инфраструктуры, завершение гармонизации законодательства сторон, обеспечивающего *функционирование Единого экономического пространства*. На последующих этапах стороны договорились стремиться к согласованию параметров макроэкономических показателей.

---

<sup>1</sup> В приводимом перечне курсивом выделены те элементы целеполагания формирования Единого экономического пространства, которые имеют непосредственное отношение к формированию интегрированного валютного рынка.

В 2003 г. Республика Беларусь, Республика Казахстан, Российская Федерация и Украина<sup>1</sup> подписали Соглашение о формировании Единого экономического пространства (далее — Соглашение 2003 г.). В данном Соглашении стороны определили, что понимается под Единым экономическим пространством (далее — ЕЭП) (ст. 1): экономическое пространство, объединяющие таможенные территории сторон, на котором функционируют механизмы регулирования экономики, основанные на единых принципах, обеспечивающих свободное движение товаров, услуг, капитала и рабочей силы, и проводится единая внешнеторговая и согласованная, в той мере и в том объеме, в каких это необходимо для обеспечения равноправной конкуренции и поддержания макроэкономической стабильности, налоговая, денежно-кредитная и валютно-финансовая политика.

Соглашение 2003 г. предусматривает необходимость поэтапного решения задач углубления интеграции, в числе которых названы:

- формирование зоны свободной торговли без изъятий и ограничений;
- унификация принципов разработки и применения технических регламентов и стандартов, санитарных и фитосанитарных норм;
- гармонизация микроэкономической политики;
- создание условий свободного движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы; гармонизация законодательства сторон в той мере, в какой это необходимо для ЕЭП;
- формирование единых принципов регулирования деятельности естественных монополий, единой конкурентной политики;
- обеспечение недискриминационного доступа и равного уровня тарифов на услуги субъектов естественных монополий.

Принцип поэтапности формирования ЕЭП закреплен в ст. 5 Соглашения 2003 г., согласно которой «ЕЭП формируется поэтапно, с учетом возможности разноуровневой и разноскоростной интеграции. Переход от одного этапа к другому осуществляют те стороны, которые в полном объеме выполнили мероприятия, предусмотренные в предыдущем этапе Комплекса основных мер по формированию Единого экономического пространства».

Для реализации поставленных задач сторонами была разработана Концепция по формированию Единого экономического пространства, составляющая неотъемлемую часть Соглашения 2003 г. (далее — Концепция ЕЭП 2003 г.).

---

<sup>1</sup> Украина подписала Соглашение 2003 г. с оговоркой относительно того, что будет принимать участие в формировании и функционировании Единого экономического пространства в пределах, соответствующих ее Конституции.

Положения данной Концепции отчасти конкретизируют нормы Соглашения 2003 г. При определении направлений формирования единого экономического пространства Концепция ЕЭП 2003 г. (разд. III) предусматривает: «создание условий для взаимной конвертируемости валют и перехода к расчетам в национальных валютах, последовательной либерализации валютной политики, согласования механизма установления валютных курсов национальных валют, формирования действенной платежной системы, повышения степени либерализации движения капитала по мере улучшения экономического положения государств-участников».

В январе 2006 г. было подписано Соглашение о сотрудничестве в области организации интегрированного валютного рынка государств — членов Евразийского экономического сообщества (далее — Соглашение об интегрированном валютном рынке). Под интегрированным валютным рынком названное Соглашение понимало «совокупность внутренних валютных рынков сторон, объединенных общими принципами функционирования и государственного регулирования» (ст. 1). В качестве основного принципа функционирования интегрированного валютного рынка Соглашение об интегрированном валютном рынке предусматривало обязанность договаривающегося государства обеспечить «банкам — резидентам Сторон, обладающим в соответствии с законодательством государства своего учреждения правом на осуществление валютных операций, доступа на свой национальный рынок для проведения межбанковских конверсионных операций на условиях правового режима, не менее благоприятного, чем тот, который был предоставлен коммерческим банкам резидентам этой страны» (ст. 2)<sup>1</sup>.

В декабре 2009 г. президентами Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации был утвержден План действий по формированию Единого экономического пространства на 2010–2011 годы (далее — План действий по ЕЭП 2009 г). В соответствии с указанным Планом формирование ЕЭП в рамках ЕврАзЭС предусматривает создание общего рынка товаров, услуг и факторов производства, а также устранение межгосударственных барьеров во взаимной торговле, включая:

– разработку единых принципов и правил применения технических регламентов и стандартов, санитарных и фитосанитарных норм;

---

<sup>1</sup> Перечень международных договоров, составляющих договорно-правовую базу Таможенного союза, размещен на сайте ЕврАзЭС: <<http://www.evrases.com/docs/view/77>>.

– гармонизацию принципов налогообложения, недопущение использования налогов и сборов как инструмента защиты внутреннего рынка и национальных производителей;

– создание условий для взаимной конвертируемости национальных валют и переход к расчетам в национальных валютах;

– создание общего рынка труда со свободным перемещением граждан государств — участников ЕЭП.

План действий по ЕЭП 2009 г предусматривает разработку и подписание в течение двух лет, к 1 января 2012 г, пакета международных договоров, обеспечивающих создание ЕЭП. Эта задача была выполнена к 9 декабря 2010 г, когда был подписан пакет из 17 Соглашений, формирующих ЕЭП. Правительствам Сторон было поручено обеспечить ратификацию всего пакета документов до 1 июля 2011 г и их вступление в силу с 1 января 2012 г.

В декабре 2010 г. Республика Беларусь, Республика Казахстан и Российская Федерация подписали Соглашение о согласованных принципах валютной политики в государствах — участниках Единого экономического пространства (далее — Соглашение о принципах валютной политики 2010 г.). В указанном Соглашении признается важность роли национальных валют государств — участников ЕЭП во внешнеторговых и инвестиционных операциях и обеспечения конвертируемости национальных валют.

Современный валютный рынок играл и продолжает играть огромную роль в проведении экономических преобразований и реформ на национальном уровне. Он может быть фундаментом для построения единого экономического пространства в рамках ЕврАзЭС. Для объективного понимания состояния экономики курс национальной валюты и порядок его формирования имеют большое значение. Неслучайно экономические реформы в Российской Федерации в начале 1990-х гг. были связаны и со вступлением России в Международный валютный фонд<sup>1</sup>, и с принятием Закона РФ от 9 октября 1992 г № 3615-1 «О валютном регулировании и валютном контроле»<sup>2</sup>.

Особенностью современного состояния мирового финансового рынка является то, что глобальный финансовый кризис 2008 г обнажил недостатки сформировавшейся мировой валютной системы в результате реформы Бреттон-Вудских соглашений. Изменение Уста-

<sup>1</sup> Вступление России в МВФ требовало от России определенных шагов в области валютного регулирования, в частности отказа от множественности валютных курсов и перехода к единому курсу национальной валюты, отражающему ее реальную стоимость. Подробнее см.: Семлютина Н.Г. Российский рынок финансовых услуг: формирование правовой модели. М., 2005. С. 131—134.

<sup>2</sup> ВСНД и ВС РСФСР. 1992. № 45. Ст. 2542.

ва МВФ в 1978 г предусматривало отказ от системы фиксированных валютных курсов (паритетов) и переход к плавающим валютным курсам. Фактически это означало отказ от привязки курса национальной валюты к стоимости золота и привязку курса национальных валют к стоимости доллара США как одной из валют, входящей в корзину резервных валют МВФ. Об опасности привязки курсов валют к валюте какого-либо одного государства предупреждал еще Д.М. Кейнс, стоявший у истоков МВФ в период его формирования после Второй мировой войны. Впоследствии подобные опасения высказывал Р. Триффин<sup>1</sup>.

Изначально в рамках Бреттон-Вудской системы до 1978 г. курсы национальных валют были привязаны к курсу доллара, который, в свою очередь, был привязан к золоту. В такой системе мобильность капитала была ограничена тем, что государства были должны сами контролировать устойчивость национальной валюты, обеспечивая соответствие курса национальной валюты состоянию золотовалютных резервов. Эта система погибла в 1971 г. главным образом из-за неспособности Америки обеспечить соответствие внутренней политики золотовалютным резервам<sup>2</sup>.

В числе причин глобального экономического кризиса, начавшегося в 2008 г., а точнее, причиной «глобальности» экономического кризиса, было несовершенство системы международного валютного регулирования. В связи с этим стремление опираться на курсы национальных валют, на национальную валютную политику государств — участников ЕЭП является не только реакцией на несовершенство мировой валютной системы со стороны государств с «развивающимися экономиками» (*emerging economies*), но и попыткой построить иной механизм организации валютно-экономических отношений. При этом государства, участвующие в процессе формирования ЕЭП, уже в настоящее время обладают рядом преимуществ, которые необходимо использовать при организации новой системы. К таким преимуществам следует отнести в том числе:

— исторически сложившуюся на территории СССР систему разделения труда и устойчивых хозяйственных связей между участниками экономических связей;

<sup>1</sup> Р. Триффин (Robert Triffin) в 60-е гг. XX в. сформулировал так называемую Дилемму Триффина — теорию, согласно которой использование национальной валюты в качестве международной резервной создает предпосылки для конфликта интересов между краткосрочными национальными интересами и долгосрочными глобальными международными интересами.

<sup>2</sup> См.: Beyond Bretton Woods 2. Is there a better way to organize the world currencies? // *The Economist*. 2010. November 6. P. 79–81.

— исторически сложившуюся роль и понимание организующей роли государства и государственного регулирования в области управления экономическими процессами, основанными на принципах рыночной модели организации экономики;

— наличие достаточных экономических ресурсов и производственных потенциалов для обеспечения поддержания устойчивости курсов национальных валют в каждом из государств — участников ЕЭП;

— наличие сложившейся инфраструктуры валютных рынков в каждом из государств — участников ЕЭП, позволяющей обеспечивать их взаимодействие при реализации валютной политики.

Формирование единого интегрированного валютного рынка на основе взаимодействия национальных валютных рынков является очень важным для участников Таможенного союза. Интенсификация товарообмена потребует интенсификации операций на валютном рынке, обслуживающих обмен товарами и услугами. Не следует забывать и то, что валютное регулирование обеспечивает и свободное перемещение капиталов.

В Плате действий по ЕЭП 2009 г планируется подготовка к декабрю 2013 г. Соглашения о требованиях к осуществлению деятельности на финансовых рынках государств — участников ЕЭП, предусматривающего направления и порядок гармонизации национальных законодательств Сторон, в частности в сфере требований и условий выдачи лицензий на осуществление видов деятельности в секторах банковских услуг, страховых услуг и услуг на рынке ценных бумаг<sup>1</sup>. Практическая реализация данного Соглашения предполагает наличие уже существующего интегрированного валютного рынка.

Следует при этом заметить, что попытка практической реализации норм заключенных соглашений, направленных на формирование валютного рынка, может привести к ряду практических проблем, игнорировать которые невозможно, если речь идет о формировании реально действующего рынка. Так, в соответствии со ст. 2 Соглашения об интегрированном валютном рынке 2006 г каждая из сторон должна обеспечить банкам-резидентам, обладающим в соответствии с законодательством государства своего учреждения правом на осуществление валютных операций, допуск на свой национальный валютный рынок для проведения межбанковских конверсионных операций на условиях паритета не менее благоприятного, чем тот, который предоставлен коммерческим бан-

<sup>1</sup> См.: <[http://www.tamognia.ru/doc\\_base/document.php?j=f&a=ar&b=diopnst&id=1563245](http://www.tamognia.ru/doc_base/document.php?j=f&a=ar&b=diopnst&id=1563245)>.

кам — резидентам. При имплементации положений Соглашения об интегрированном валютном рынке 2006 г. на территории России следует учитывать, что в соответствии с п. 2 ст. 4 Федерального закона от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»<sup>1</sup> (далее — ФЗ «О валютном регулировании») международные договоры Российской Федерации применяются к отношениям, подпадающим под сферу действия данного Закона непосредственно, за исключением случаев, когда из международно-договора следует, что для его применения требуется издание внутривнутригосударственного акта валютного законодательства Российской Федерации. При этом предусматривается, что «если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены настоящим Федеральным законом, применяются правила указанного международного договора». Применительно к организации биржевого рынка приведенные положения означают, что организация, отвечающая требованиям кредитной организации из любой из договаривающихся сторон, вправе требовать принятия ее в члены биржи и допуска к совершению операций на биржевом валютном рынке.

Это, в свою очередь, делает необходимым внесение изменений и дополнений в свои внутренние документы организаторов торговли, которыми регулируется порядок допуска к совершению операций по покупке и продаже иностранной валюты на биржевом валютном рынке. Такие изменения и дополнения должны быть направлены на то, чтобы обеспечить возможность банкам-резидентам стран ЕврАзЭС проводить межбанковские конверсионные операции на биржевом рынке на условиях не менее благоприятного правового режима, чем тот, который предоставлен уполномоченным кредитным организациям, учрежденным в Российской Федерации. При этом целый ряд вопросов также требует уточнения «за пределами» внутренних документов организатора торговли.

Учитывая, что вступившее в силу Соглашение имеет в значительной степени рамочный характер, порядок исполнения его положений требует конкретизации в рамках дву- или многосторонних межведомственных соглашений, заключаемых между национальными (центральными) банками государств — членов ЕврАзЭС, участвующих в формировании интегрированного валютного рынка. В рамках таких межведомственных соглашений необходимо урегулировать следующие проблемы:

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4859.

— установить тождественность понятий и категорий, используемых в национальном законодательстве сотрудничающих государств; данные понятия должны быть скоррелированы с категориями, используемыми в Соглашении об интегрированном валютном рынке 2006 г. или ином соглашении межгосударственного уровня;

— установить взаимные обязательства по немедленному (в тот же рабочий день) информированию уполномоченных органов и организаций инфраструктуры рынка (бирж, клиринговых организаций) о фактах выдачи/приостановления/отзыва лицензии, а также иных значимых событиях (например, о назначении временной администрации, начале процедуры банкротства);

— обеспечить обмен информацией о фактах, свидетельствующих о существенном ухудшении финансового положения участника рынка, о фактах нарушения валютного, налогового законодательства, законодательства о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных незаконным путем.

С точки зрения развития интегрированного биржевого валютного рынка сотрудничающих государств важно предпринять меры, направленные на гармонизацию законодательства, касающегося предоставления отчетности и выполнения устанавливаемых нормативов и показателей финансового состояния участников. Было бы желательным обеспечить единообразие форм и сроков предоставления отчетности как в регулирующие органы, так и в инфраструктурные организации.

Описанные выше проблемы, требующие разрешения в рамках межведомственного соглашения в целях обеспечения стабильного функционирования интегрированного валютного рынка, сформулированы лишь в общем виде и должны быть скорректированы и уточнены с учетом мнения инфраструктурных организаций договаривающихся сторон.

Следует заметить, что Соглашение о согласованных принципах валютной политики 2010 г. также имеет рамочный характер. Реализация его положений требует заключения соответствующих межведомственных соглашений.

Отработка механизмов обеспечения и исполнения соглашений, касающихся сотрудничества на валютном рынке, необходима по целому ряду причин: первая состоит в важности валютного регулирования и сотрудничества в названной области для целей формирования ЕЭП, вторая — в том, что формирование интегрированного валютного рынка является значимым этапом для формирования единого рынка услуг на финансовом рынке.



Применительно к России следует обратить внимание на то, что в Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. № 1662-р, в качестве одного из направлений внешнеэкономической политики указывается необходимость создания в России международного финансового центра, превращения рубля в региональную резервную валюту и расширения использования рубля во внешнеторговом обороте.

Общие выводы и предложения относительно подходов к формированию единого экономического пространства следующие.

1. Развитие единого экономического пространства в рамках ЕврАзЭС и существующие международные стандарты регулирования.

Все перечисленные выше соглашения, касающиеся формирования ЕЭП в той или иной форме, содержат указание на то, что формирование ЕЭП должно происходить в соответствии с международными стандартами, нормами и принципами регулирования.

Данные положения должны предполагать мониторинг и анализ участия каждого из участников ЕЭП в международных соглашениях (участие группы участников в каком-либо из международных соглашений уже создает единство в экономическом пространстве); очевидно, что вторым этапом после мониторинга должна стать координация действий участников ЕЭП в рамках соглашений.

Целый ряд действующих международных соглашений содержит определенные стандарты поведения участников. Такие соглашения предназначены облегчать сотрудничество в определенных областях. Таким образом, в интересах ЕЭП использовать существующие за пределами ЕЭП механизмы; фактически государства — участники ЕЭП просто используют сформировавшиеся механизмы в интересах участников ЕЭП.

Помимо межгосударственных международных механизмов сотрудничества большую роль играют механизмы сотрудничества, направленные на выработку типовых условий договоров, стандартов поведения участников, предназначенных для регулирования отношений, возникающих непосредственно между участниками экономических отношений (примером подобных актов могут служить Принципы международных коммерческих договоров 2004 г., разработанные Международным институтом унификации частного права; одним из направлений развития сотрудничества в рамках ЕЭП является гармонизация и сближение законодательства; сформировавшиеся международные стандарты могут послужить базой для дальнейшего развития сотрудничества государств — участников ЕЭП.

С учетом обозначенных задач, вытекающих из необходимости интегрирования ЕЭП в уже сложившиеся стандарты международного регулирования, было бы целесообразно сформировать в рамках ЕЭП специальный экспертный орган (группу аналитиков), в функции которого могло бы входить осуществление мониторинга участия государств — участников ЕЭП в международных соглашениях, организациях, иных формах международного взаимодействия. Это могло бы позволить оценить уровень вовлеченности государств ЕЭП в глобальную систему разделения труда и вероятность, целесообразность и эффективность использования работающих международных механизмов для обеспечения взаимодействия на уровне ЕврАзЭС при формировании единого экономического пространства.

2. Систематизация сформировавшегося договорного регулирования и формулирование задач применительно к этапам формирования ЕЭП.

За время существования СНГ, ЕврАзЭС, Таможенного союза накоплен значительный материал договоров, соглашений и иных международных документов. В результате с правовой точки зрения ЕЭП представляет собой достаточно расплывчатую картину: не все государства ЕЭП входят в одни и те же договоры. Некоторые договоры отчасти дублируют положения друг друга. Некоторые требуют разработки межведомственных соглашений (договоров), имплементирующих нормы межгосударственных (межправительственных) соглашений (договоров). Примером являются соглашения в области координации валютного регулирования.

3. Необходимость вовлечения организаций инфраструктуры рынков для обеспечения эффективного взаимодействия всех участников правоотношений в рамках ЕЭП.

Как показывает опыт, для формирования ЕЭП недостаточно договоренностей на уровне государств, ведомств. Единым экономическое пространство становится тогда, когда непосредственные участники имущественных правоотношений — физические и юридические лица — принимают непосредственное участие в формировании такого пространства.

При формировании интегрированного валютного рынка организациями инфраструктуры рынка (вначале валютного, а затем и финансового) была создана организация, обеспечивающая взаимодействие между организациями инфраструктуры рынка стран СНГ. Речь идет о Международной ассоциации бирж стран СНГ (МАБ СНГ). МАБ СНГ была учреждена в Москве в апреле 2000 г. в целях координации усилий по развитию организованных финансовых рынков в

соответствии с международными стандартами. В МАБ СНГ входит 20 организаций из 10 стран Содружества, играющих ключевую роль в обслуживании взаимного финансового оборота, операций с валютой, государственными и корпоративными ценными бумагами<sup>1</sup>.

Представляется, что было бы неправильным при формировании ЕЭП не учитывать аспект взаимодействия между организациями инфраструктуры рынка (биржами, клиринговыми организациями) и их объединениями.

---

<sup>1</sup> <mab.micex.ru>.

---

---

---

*В.Ю. Лукьянова,*  
кандидат философских наук  
(ИЗиСП)

## **ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ФОРМИРОВАНИЯ ЕДИНОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО ПРОСТРАНСТВА**

1 января 2012 г. начинает функционировать Единое экономическое пространство (ЕЭП), объединяющее Республику Беларусь, Республику Казахстан и Российскую Федерацию.

Целью формирования ЕЭП провозглашено создание условий для стабильного и эффективного развития экономик государств-участников и повышения уровня жизни их населения<sup>1</sup>.

Общее направление интеграции задано рядом соглашений, которые позволят государствам — участникам ЕЭП вести свою экономическую деятельность на общих правовых условиях на территории любого государства — участника ЕЭП:

— Соглашение о государственных (муниципальных) закупках от 9 декабря 2010 г. (ратифицировано Федеральным законом от 11 июля 2011 г. № 176-ФЗ «О ратификации Соглашения о государственных (муниципальных) закупках»<sup>2</sup>);

— Соглашение о торговле у слугами и инвестициях в государствах — членах Единого экономического пространства (подписано 9 декабря 2010 г.);

— Соглашение о единых правилах государственной поддержки сельского хозяйства от 9 декабря 2010 г. (ратифицировано Федеральным законом от 11 июля 2011 г. № 177-ФЗ «О ратификации Соглашения о единых правилах государственной поддержки сельского хозяйства»<sup>3</sup>);

— Соглашение о единых правилах предоставления промышленных субсидий от 9 декабря 2010 г. (ратифицировано Федеральным законом от 11 июля 2011 г. № 187-ФЗ «О ратификации Соглашения о единых правилах предоставления промышленных субсидий»<sup>4</sup>);

---

<sup>1</sup> Соглашение о формировании Единого экономического пространства заключено в г. Ялте 19 сентября 2003 г. Российская Федерация ратифицировала Соглашение Федеральным законом от 22 апреля 2004 г. № 22-ФЗ «О ратификации Соглашения о формировании Единого экономического пространства» (СЗ РФ. 2004. № 17. Ст. 1589).

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2011. № 29. Ст. 4267.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2011. № 29. Ст. 4268.

<sup>4</sup> СЗ РФ. 2011. № 29. Ст. 4278.

– Соглашение о согласованной макроэкономической политике от 9 декабря 2010 г. (ратифицировано Федеральным законом от 11 июля 2011 г. № 182-ФЗ «О ратификации Соглашения о согласованной макроэкономической политике»<sup>1</sup>);

– Соглашение о единых принципах и правилах конкуренции от 9 декабря 2010 г. (ратифицировано Федеральным законом от 11 июля 2011 г. № 185-ФЗ «О ратификации Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции»<sup>2</sup>);

– Соглашение о единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности от 9 декабря 2010 г. (ратифицировано Федеральным законом от 11 июля 2011 г. № 179-ФЗ «О ратификации Соглашения о единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности»<sup>3</sup>).

В полной мере интеграционные соглашения ЕЭП начнут работать с июля 2012 г.

Рассматривая формирование ЕЭП в контексте интеграционных процессов на постсоветском пространстве, можно отметить следующие аспекты<sup>4</sup>:

1. При формировании меж государственного интеграционного объединения возникает особое правовое пространство, которое включает в себя как национальное законодательство государств — участников объединения, так и иные уровни права, формирующиеся в рамках религиозных, этнических, местных и профессиональных сообществ, а также специфические международно-правовые инструменты самого интеграционного объединения. При этом национальные правовые системы государств — участников интеграционного объединения, с одной стороны, и правовая система этого объединения — с другой, оказывают друг на друга мощное влияние. В этих условиях эффективность процессов формирования и функционирования межгосударственного объединения экономической интеграции во многом зависит от того, насколько адекватно конкретный инструментарий достижения целей межгосударственной интеграции, в том числе правовая система интеграционного объединения, отражает его специфику, а также особенности «внешней среды», в которой оно (интеграционное объединение) формируется и функционирует.

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2011. № 29. Ст. 4273.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2011. № 29. Ст. 4276.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2011. № 29. Ст. 4270.

<sup>4</sup> См. подробнее: Проблемы правового обеспечения Единого экономического пространства // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. № 4 (29). С. 73–81.

2. На постсоветском пространстве действует целый ряд межгосударственных интеграционных объединений, включая организации экономической интеграции, а интеграционные процессы характеризуются разнонаправленностью и различной интенсивностью. Это порождает дробность (фрагментированность) правового регулирования, а также способствует появлению правовых коллизий разного «уровня», включая коллизии:

- между нормами права межгосударственного объединения и нормами общего международного права;
- между нормами права различных межгосударственных объединений, «сосуществующих» на одной и той же территории;
- между нормами права межгосударственного объединения и нормами национального права государств — участников этого объединения, а также коллизии внутри правовой базы самого межгосударственного объединения.

Правила преодоления коллизий правовых норм различных межгосударственных объединений (когда государство одновременно участвует более чем в одном интеграционном объединении) могут быть закреплены в учредительном договоре межгосударственного объединения. Такие нормы содержатся, например, в Протоколе к Хартии об Организации центральноамериканских государств: «нормы, образующие правопорядок одного интеграционного объединения, не должны противоречить правопорядку другого интеграционного сообщества и не должны создавать препятствий для достижения целей, сформулированных в учредительных документах интеграционного сообщества»<sup>1</sup>. В Соглашении о североамериканской зоне свободной торговли (НАФТА) сформулирован принцип приоритета НАФТА перед положениями иных Соглашений:

«Статья 103. Отношения с другими Соглашениями

1. Стороны поддерживают свои существующие права и обязательства в отношении друг друга, установленные Генеральным соглашением по тарифам и торговле и иными Соглашениями, сторонами которых они являются.

2. В случае возникновения каких-либо противоречий между данным Соглашением и любыми иными Соглашениями преимущественную силу по таким противоречивым вопросам, если иное не установлено данным Соглашением, имеет данное Соглашение»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos URL: <[http://www.sica.int/busqueda/busqueda\\_basica.aspx?IdCat=&IdMod=3](http://www.sica.int/busqueda/busqueda_basica.aspx?IdCat=&IdMod=3)>.

<sup>2</sup> Исключения из принципа приоритета содержатся в ст. 104 НАФТА для обязательств по некоторым соглашениям, касающихся эколого-правовых вопросов.

Однако в конституирующих актах ЕЭП, а также Таможенного союза, на фундаменте которого ЕЭП формируется, такие положения отсутствуют. Правила разрешения коллизий у становлены лишь в отношении отдельных сфер правового регулирования, например технического регулирования<sup>1</sup>. В этих условиях повышение эффективности функционирования межгосударственных объединений экономической интеграции на постсоветском пространстве требует:

— формирования механизмов выявления коллизий и противоречий между нормами права различных межгосударственных объединений, «сосуществующих» на одной и той же территории, и их разрешения;

— создания инструментов оперативного информирования органов межгосударственных интеграционных объединений, действующих на постсоветском пространстве, о недостатках, пробелах или двойственности толкования принимаемых ими международно-правовых актов;

— формирования механизма анализа и контроля за соответствием внутреннего законодательства государств — участников межгосударственного объединения принимаемым указанным объединением международным актам.

3. Согласно Концепции формирования Единого экономического пространства и иных конституирующих актов этого интеграционного объединения «ЕЭП на любом этапе своего формирования и функционирования будет открыт для присоединения других государств, разделяющих цели и принципы Союза и готовых к их реализации». В связи с этим необходимо отметить, что интеграционное объедине-

---

Положения такого рода соглашений, указанных в ст. 104 НАФТА (например, Базельской конвенции о трансграничном перемещении вредных отходов), преобладают над положениями НАФТА в случае противоречий между ними.

<sup>1</sup> Так, например, в соответствии с нормами Соглашения между Правительством Российской Федерации, Правительством Республики Беларусь, Правительством Республики Казахстан от 18 ноября 2010 г. «О единых принципах и правилах технического регулирования в Республике Беларусь, Республике Казахстан и Российской Федерации» (ратифицировано Федеральным законом от 27 июня 2011 г. № 152-ФЗ) технические регламенты Таможенного союза имеют прямое действие на таможенной территории Таможенного союза, и потому со дня вступления в силу технического регламента Таможенного союза на территориях Сторон соответствующие обязательные требования, установленные законодательствами Сторон, не применяются. В то же время в случае принятия технического регламента Евразийского экономического сообщества в отношении продукции, на которую принят технический регламент Таможенного союза, действие технического регламента Таможенного союза или соответствующей его части прекращается с даты вступления в силу технического регламента Евразийского экономического сообщества. К настоящему времени в рамках Таможенного союза принято порядка 20 технических регламентов Таможенного союза.

ние создали именно Россия, Белоруссия и Казахстан. Мировой опыт свидетельствует о том, что региональная экономическая интеграция, экономические связи всех видов наиболее успешно развиваются между странами относительно сопоставимого уровня развития, тогда как объединение в рамках одного интеграционного образования стран с различным уровнем экономического развития и различной напряженностью социальных проблем делает все межгосударственное интеграционное объединение уязвимым для мировых экономических кризисов. Объясняется это тем, что межгосударственная интеграция представляет собой способ выработки согласованных подходов к решению глобальных проблем современности и отражения общих тенденций правового развития, поиск меры сочетания общечеловеческих и национальных интересов. Интеграция, у странение или смягчение барьеров на путях перемещения капитала, технологий, товаров, рабочей силы углубляет разделение труда, тем самым способствуя более полному использованию каждой страной своих естественных конкурентных преимуществ, расширению рынка и повышению эффективности производства. Обусловлено это тем, что интеграционная группировка осуществляет коллективную защиту своих членов от иностранной конкуренции, с одной стороны, и стимулирует взаимные экономические связи своих членов — с другой, поэтому законы мирового рынка действуют на членов интеграционного объединения не прямо, а опосредованно.

К процессам формирования интеграционных объединений можно подходить и с иных позиций. Известно, что устойчивость в кибернетическом и математическом смысле является свойством всей системы, а не отдельных ее частей. Соединение отдельных устойчивых подсистем в одну систему не гарантирует ее устойчивости, поскольку стремление отдельных объектов к устойчивому существованию способно нарушить не только стабильность системы, но и ее целостность. Напротив, несколько нестабильных подсистем при объединении могут образовывать устойчивую систему. В практике социально-экономической жизни человеческого общества данный парадокс агрегирования проявляется таким образом, что рыночные механизмы, или механизмы государственного регулирования, специально или в силу следования инерции экономических процессов закрепляют неравномерность развития отдельных объектов в пользу устойчивости всей системы.

Приведем пример. Одним из приоритетных направлений развития межгосударственной экономической интеграции является свобода передвижения людей, в первую очередь трудовых мигрантов. В на-



стоящее время ЕЭП объединяет страны, имеющие положительное сальдо в объемах трудовой миграции. Эти страны, считая приоритетной задачей обеспечения прав и законных интересов своих граждан, определяют правовой статус трудящихся мигрантов и членов их семей, регулируют порядок осуществления ими трудовой деятельности и вопросы, связанные с их социальной защитой, а также определяют между собой направления и формы сотрудничества по противодействию нелегальной трудовой миграции из третьих государств<sup>1</sup>.

Однако только в России, Белоруссии и Казахстане, в отличие от других стран на просторах бывшего Советского Союза, это «сальдо» положительно. В иных бывших советских республиках ситуация прямо противоположная. Более того, некоторые страны, например Республика Таджикистан, которая является членом Евразийского экономического сообщества и уже в силу этого может рассматриваться как один из первых кандидатов на присоединение к ЕЭП, провозгласили экспорт рабочей силы за рубеж приоритетным направлением повышения уровня жизни населения, смягчения социальной напряженности, а также повышения уровня бюджетной обеспеченности. В Концепции трудовой миграции граждан Республики Таджикистан за границу подчеркивается: «Необходимость легальной и регулируемой трудовой миграции за границу обусловливается интересами получения дополнительных валютных поступлений в бюджет страны за счет налогов от прибылей фирм-посредников, осуществляющих деятельность по привлечению и трудоустройству мигрантов за рубежом... Государственная политика в области трудовой миграции за границу должна быть направлена на полное использование всех каналов валютных поступлений от экспорта рабочей силы: налогов с прибыли фирм-посредников; непосредственных денежных переводов трудящихся-мигрантов на Родину, на поддержку семьи и родственников; личных инвестиций трудящихся-мигрантов (привоз на Родину средств производства и предметов длительного пользования, покупка недвижимости, приобретение ценных бумаг); капиталов от принимающих рабочую силу из Таджикистана стран, идущих на воспроизводство трудовых ресурсов и в социальную сферу»<sup>2</sup>. Как след-

---

<sup>1</sup> См.: Соглашение о правовом статусе трудящихся мигрантов и членов их семей» от 19 ноября 2010 г. (ратифицировано Федеральным законом от 11 июля 2011 г. № 186-ФЗ) и Соглашение о сотрудничестве по противодействию нелегальной трудовой миграции из третьих государств (ратифицировано Федеральным законом от 11 июля 2011 г. № 178-ФЗ).

<sup>2</sup> Концепция трудовой миграции граждан Республики Таджикистан за границу, утверждена постановлением Правительства Республики Таджикистан от 9 июня 2001 г. № 242.

ствие, только по официальным данным, в 2008 г денежные переводы, отсылаемые мигрантами на родину, составили почти 50% ВВП Республики Таджикистан<sup>1</sup>.

Очевидно, что и цели, и приоритеты государственной миграционной политики государств ЕЭП, с одной стороны, и Республики Таджикистан — с другой, и механизмы ее реализации будут различны. И для того, чтобы эта «неравномерность» миграционных процессов способствовала устойчивости интеграционного объединения, требуется очень четкое согласование не только внешней, но и внутренней политики государств-реципиентов и государств-доноров трудовой миграции. В настоящее время мигранты, прибывающие из-за рубежа, зачастую плохо владеют русским языком, не обладают знаниями о культурном наследии и об истории страны пребывания, об основах ее законодательства, поэтому продолжается увеличение численности незаконной, в первую очередь трудовой, миграции в различных секторах экономики, сопровождающейся ростом криминальных тенденций среди мигрантов, попрошайничеством, бродяжничеством, появлением «международных бомжей»<sup>2</sup>, что, в свою очередь, приводит к росту антииммигрантских настроений, нарастанию социальной напряженности в стране-реципиенте.

Не менее очевидно и другое: сохранение межнационального мира и согласия, социальной безопасности в государствах-реципиентах трудовой и иной миграции требует социально-культурной адаптации мигрантов из числа иностранных граждан, однако эта задача может быть решена только совместными усилиями государств-реципиентов и государства-донора, отправляющего своих граждан «на заработки».

4. Координация процессов формирования ЕЭП осуществляется надгосударственными органами, создаваемыми на основе отдельных международных договоров:

— Высшим Евразийским экономическим советом — органом, состоящим из глав государств и глав правительств;

— Евразийской экономической комиссией, создаваемой в соответствии с Договором от 18 ноября 2011 г. «О Евразийской экономической комиссии»<sup>3</sup>. Указанная Комиссия, основной задачей которой

---

<sup>1</sup> Отчет Международной организации по миграции «Мировая миграция в 2010 году: Будущее миграции — создание потенциала для перемен» // Официальный сайт Международной организации по миграции <[http://publications.iom.int/bookstore/index.php?main\\_page=product\\_info&cPath=37&products\\_id=653](http://publications.iom.int/bookstore/index.php?main_page=product_info&cPath=37&products_id=653)>.

<sup>2</sup> Скачкова Г.С. Труд иностранцев в России в условиях перехода к рыночной экономике // Трудовое право в России и за рубежом. 2010. № 3.

<sup>3</sup> Договор ратифицирован Федеральным законом от 1 декабря 2011 г. № 374-ФЗ «О ратификации Договора Евразийской экономической комиссии» (СЗ РФ. 2011. № 49 (ч. V). Ст. 7052).

должно стать «обеспечение у словий функционирования и развития Таможенного союза и Единого экономического пространства, а также выработка предложений в сфере экономической и интеграции в рамках Таможенного союза и Единого экономического пространства»<sup>1</sup>, придет на смену Комиссии Таможенного союза.

Деятельность Евразийской экономической комиссии будет осуществляться на основе следующих принципов:

- обеспечение взаимной выгоды, равноправия и учета национальных интересов государств — участников Таможенного союза;
- экономическая обоснованность принимаемых решений;
- открытость, гласность и объективность.

Необходимо подчеркнуть, что Евразийская экономическая комиссия будет обладать значительно большими полномочиями, нежели Комиссия Таможенного союза. Высший Евразийский экономический совет может наделить ее правом подписывать международные договоры по вопросам, входящим в компетенцию Комиссии. Кроме того, Комиссия:

- обеспечивает реализацию международных договоров, формирующих договорно-правовую базу Таможенного союза и Единого экономического пространства. В целях повышения эффективности этой деятельности она имеет право запрашивать у органов власти Сторон, юридических и физических лиц информацию, необходимую для осуществления своих полномочий;

- выполняет функции депозитария международных договоров, составляющих договорно-правовую базу Таможенного союза и Единого экономического пространства, и решений Высшего Евразийского экономического совета;

- вносит на одобрение Высшего Евразийского экономического совета проекты международных договоров, подписываемых Комиссией;

- организует работу по совершенствованию нормативной правовой базы Таможенного союза и Единого экономического пространства;

- вносит на утверждение Высшего Евразийского экономического совета основные направления интеграции в рамках Таможенного союза и Единого экономического пространства;

- рассматривает вопрос об отмене или изменении решений Комиссии, принятых Коллегией Комиссии, в порядке, предусмотренном ст. 13 настоящего Договора;

---

<sup>1</sup> Договор о Евразийской экономической комиссии от 18 ноября 2011 г. Ст. 6.

## *Методология сравнительного правоведения*

— рассматривает вопрос о мониторинге и контроле за исполнением международных договоров, составляющих договорно-правовую базу Таможенного союза и Единого экономического пространства; — выполняет иные функции и полномочия.

В целях обеспечения эффективного функционирования Таможенного союза и Единого экономического пространства Комиссия вправе создавать консультативные органы для проведения консультаций по отдельным вопросам, принятие решений по которым относится к компетенции Комиссии. Сама же Комиссия будет состоять из двух палат — Совета Комиссии и Коллегии Комиссии, утверждаемых Высшим Евразийским экономическим советом на уровне глав государств в соответствии с Регламентом работы Евразийской экономической комиссии.

Однако принятие и вступление в силу Договора о Евразийской экономической комиссии потребует приведения в соответствие с ним всей договорной базы Таможенного союза, а в определенных случаях — и договорной базы ЕврАзЭС.

В целом, можно констатировать, что имеются (сформированы) достаточные предпосылки для того, чтобы Единое экономическое пространство стало эффективно функционирующим и динамично развивающимся межгосударственным интеграционным объединением. Но воплощение заложенного в нем потенциала в жизнь возможно лишь при условии единства целей у его участников, правильного понимания законов экономики и рынка, а также соблюдения основных принципов и норм международного права.

---

---

---

А.Н. Чертков,  
кандидат юридических наук  
(ИЗиСП)

## О ТЕНДЕНЦИЯХ РАЗВИТИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ НА ПРИМЕРЕ СТАТУСА ЧЕЛОВЕКА В ПРАВОВОМ ПРОСТРАНСТВЕ

В современном мире сравнительное правоведение по совокупности подходов, методов и целей проводимых исследований представляет собой не столько сравнение и сопоставление правовых норм, актов, институтов и отраслей права в различных государствах, сколько комплексный анализ соотношения, пересечения и сближения правовых систем и тех правовых пространств, которые порождаются правовыми системами, что можно считать ключевой тенденцией развития сравнительного правоведения.

Для исследования названной тенденции необходимо определить-ся в понимании явлений правового статуса и правового пространства. В отношении статуса юридическая наука в целом определила основные подходы к его пониманию и регулированию в рамках правовой системы государства. В последние годы в юридической литературе и правотворчестве статус понимается как совокупность прав, обязанностей (правообязанностей), гарантий их реализации, ответственности субъекта права<sup>1</sup>, а также принципов установления<sup>2</sup>.

В отношении правового пространства в юридической науке до полной определенности еще далеко, хотя ключевые подходы начинают складываться в теории права и компаративистике. Так, Ю.А. Тихомиров, вводя инструментарий для обозначения границ действия разных правовых комплексов и предусматриваемых ими юридических режимов, предлагает использовать следующие понятия: а) для правовых семей — «зоны правового влияния»; б) для правовых массивов в рамках межгосударственных отношений — «правовое пространство»; в) для правовых систем в рамках федера-

---

<sup>1</sup> См.: Конституция Российской Федерации. Комментарий / под общ. ред. Б.Н. Топорнина, Ю.М. Батурина, Р.Г. Орехова. М., 1994. С. 316; Конституционное право / отв. ред. А.Е. Козлов. М., 1996. С. 223; Комментарий к Конституции Российской Федерации / общ. ред. Ю.В. Кудрявцева. М., 1996. С. 277; *Стрекозов В.Г., Казанчев Ю.Д.* Государственное (конституционное) право Российской Федерации. М., 1995. С. 97, 98.

<sup>2</sup> См.: *Воеводин Л. Д.* Юридический статус личности в России. М., 1997. С. 12.

ции — «государственно-правовая территория»<sup>1</sup>. И.Н. Барциц отмечает, что универсальным понятием при регулировании правовых комплексов является именно понятие «правовое пространство», а феномену регулирования правовых массивов в рамках межгосударственных отношений более подходит понятие «международное публичное право», если речь идет о взаимоотношениях различных государств между собой, либо права региональной организаций, если рассматривается, например, СНГ в его современном состоянии<sup>2</sup>. Полагаем, что в современном мире термином «правовое пространство» можно обозначать и универсальный международный уровень (международное или планетарное правовое пространство), уровень межгосударственных объединений (правовое пространство межгосударственного союза), государственный уровень (правовое пространство государства). В этом смысле следует поддержать позицию Ю.А. Тихомирова, отметив, что пространства правовых семей накладываются на международные и национальные правовые пространства, приводя к самым разнообразным сочетаниям.

Можно согласиться с предложенным И.Н. Барцицом определением правового пространства как сферы регламентации юридическими нормами моделей правомерного поведения государства, его составных частей и граждан в границах территории данного государства конкретного исторического времени<sup>3</sup>. При этом указание на поведение государств (очевидно, не только в отношении своих граждан, но и во взаимодействии с другими государствами) означает, что правовое пространство может быть и надгосударственным.

Правовое пространство может быть структурировано по отраслям права (конституционное, уголовное, административное, гражданское и т.д.). В отношении конституционно-правового пространства Российской Федерации, определяемого как пространство, на которое распространяется действие принципа верховенства Конституции РФ<sup>4</sup>, отметим, что оно может быть дополнено фразой: «обеспечиваемого государством». Ведь само по себе провозглашение принципа, который должен был распространяться в 1990-е гг и на территорию Чеченской Республики, по сути дела, не выполнялся и представлял собой фикцию.

Правовое пространство включает в себя юрисдикцию государства на определенной территории, установление правовых режимов тер-

<sup>1</sup> Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 15.

<sup>2</sup> См.: Барциц И.Н. Правовое пространство России: вопросы конституционной теории и практики. М., 2000. С. 16.

<sup>3</sup> Там же. С. 24.

<sup>4</sup> Там же.

ритории и различных ее частей, пространственные пределы действия нормативных правовых актов органов публичной власти на различных уровнях ее осуществления. Исследование правового пространства не должно сводиться к последней составляющей.

Сравнительно-правовой анализ в части соотношения исследуемых явлений можно понимать как соотношение правовых семей, правовых систем различных государств в рамках одной выделяемой исследователями правовой семьи, правовых статусов (например, человека) в правовой системе одного государства. Примером последнего может служить оценка влияния специальных статусов на базовый статус человека в государстве (стату с гражданина). При этом анализируется соотношение правовой доктрины статусу са человека, правовых норм, его устанавливающих, и практики его реализации в условиях конкретной системы (в частности, государства).

Пересечение правовых пространств в сравнительном правоведении связано с несколькими явлениями правовой жизни. Исторический фактор позволяет выделять некоторые «реликты» одной правовой семьи в пространстве другой. В частности, черты континентальной правовой семьи можно обнаружить в праве канадской провинции Квебек или американского штата Луизиана, хотя в целом правовые системы США и Канады относятся к англосаксонской правовой семье.

Цивилизационная многофакторность развития правовых систем и пространств тех или иных государств позволяет относить правовую систему одного государства к различным выделяемым в юридической науке семьям. Например, одна группа исследователей продолжает относить Китай к системе социалистического права, другие ученые настаивают на выделении особой правовой семьи для государств Юго-Восточной Азии, увязывая ее подсистемы с буддизмом, индуизмом, конфуцианством.

Глобализация предопределила ряд исследовательских новаций в сравнительном правоведении, в частности выделение «кочующих» правовых семей. Данный феномен связан с нарастанием миграционных процессов в современном мире. Можно дискутировать о достаточности оснований и выделении критериев отнесения данного явления к самостоятельной правовой семье, но наличие соответствующих правовых пространств в связи с массовым заселением территорий государств Европы и Северной Америки мигрантами очевидно. Социологические исследования наглядно демонстрируют, что внутренние отношения общин мигрантов мало зависят от законодательства страны пребывания, причем нередко и при обретении гражданства, постоянном проживании.

В связи с изложенным актуализируются сравнительно-правовой анализ процентного соотношения жителей соответствующих пространственных анклавов к числу жителей, фактически вовлеченных в общее правовое пространство государства, степень различий таких пространств, темпы их интеграции в единое правовое пространство в различных государствах.

Пересечение правовых пространств связано и с формированием региональных организаций. Россия имеет реальные перспективы внешнего пространственного развития путем участия и даже формирования наднациональных пространств. В современном мире это стало реальностью. К таковым можно отнести Европейский Союз, различные иные региональные блоки (в частности, Исламская конференция, АТЭС). Цели формирования наднациональных пространств со взаимосвязанной политикой, экономикой и социально-культурной сферой — рост возможностей в соответствующей сфере, объединение ресурсов для достижения общих целей. Формирование наднациональных пространств стало ответом на процессы глобализации. Но степень интеграции Российской Федерации с различными государствами неодинакова, как и готовность государств мира подчиняться интересам различных межгосударственных объединений.

Говоря о межгосударственной интеграции России, имеют в виду прежде всего СНГ, Таможенный союз России, Белоруссии и Казахстана, а также Союз Российской Федерации и Республики Беларусь. Россия находится в системе многих наднациональных пространств, помимо названных, в частности в ШОС, «Большой восьмерке». Интеграция развивается в основном в рамках территории исторической российской государственности. В и иных регионах мира это лишь двусторонние отношения с различными государствами или их объединениями с разной степенью успеха. Полагаем, основным направлением пространственного развития Российской Федерации в сфере наднациональной интеграции будет именно взаимодействие с государствами постсоветского пространства. Неслучайно в Концепции 2020 поставлена задача поэтапного формирования интегрированного евразийского экономического пространства совместного развития, включая становление России как одного из мировых финансовых центров.

Для статуса человека интеграционные процессы таят не только преимущества, но и вызовы. Человека окружает множество наднациональных правовых пространств. В рамках всех перечисленных выше объединений больше наблюдается пересечение правовых пространств, но не всегда оно связано со сближением.



Руководством Российской Федерации заявлено о моделировании нового мощного надгосударственного объединения, перспективой которого является Евразийский Союз, равноправный партнер ЕС и иных наднациональных структур. Ведутся переговоры о присоединении к нему Кыргызстана и Таджикистана. При этом подчеркивается недопустимость противопоставления ЕвразЭС, ЕЭП и формирующегося Евразийского Союза СНГ и иным объединениям с участием России. У каждого объединения свое место и своя роль на постсоветском пространстве<sup>1</sup>. Более того, полагаем, что данное пространство можно и нужно называть не постсоветским, а евразийским.

Определенным ориентиром для Евразийского Союза может служить опыт Европейского Союза, государства-участники которого использовали не только собственно европейский опыт, но и наработки иных государств, в том числе СССР. Но, принимая во внимание опыт Европейского Союза, необходимо отдавать себе отчет в том, что это лишь опыт иной (во многом партнерской) структуры, вхождение в которую России едва ли возможно и даже не вполне желательно. Построение собственного союза, с участием различных государств Европы и Азии, в чем-то аналогичного и Европейскому Союзу, и СССР, а в чем-то уникального, — насущная задача не только для государств, но и для граждан как обладателей новых правовых статусов, дающих новые возможности. Проектируемый союз может и должен способствовать именно интеграции и сближению правовых пространств, а не только быть примером их пересечения.

Второй важной тенденцией развития правовой компаративистики выступает усиление смысловой нагрузки сравнительно-правовых исследований для общественного развития, их обусловленность социальным заказом, исходящим не только от государства, но и от общества.

Анализ зарубежной правовой компаративистики наглядно показывает, что ее развитие очень тесно связано с тем, по какому пути идут государства, межгосударственные объединения. В Европе сравнительное правоведение является интеллектуальным обеспечением интеграции в рамках Европейского Союза. Европейское право как очевидная, бесспорно существующая и признанная далеко за пределами Европы реальность — наглядное тому подтверждение. Важно учитывать и отечественный опыт сравнительного правоведения. Так, в СССР задачи построения коммунизма, расширения пространства социалистического лагеря, оппонирования иным правовым семьям

<sup>1</sup> См.: Путин В.В. Новый интеграционный проект для Евразии — будущее, которое рождается сегодня // Известия. 2011. 4 окт.

во многом определяли контекст сравнительно-правовых исследований. Имела место популяризация советского права не только в социалистических, но и в развивающихся государствах. В то же время исследование правовых систем капиталистических государств имело ярко выраженный критический характер. Очевидно, что излишняя идеологизация исследований непродуктивна и неактуальна. Но это не означает поощрения иной крайности — отсутствия идей, положенных в основу сравнительных исследований, равно как и некритического восприятия иностранного опыта, прежде всего государств США и Западной Европы.

Это во многом характерно для российских сравнительно-правовых исследований последних 20 лет. Смысловая нагрузка во многом отсутствовала в них вследствие несформулированности социального заказа. Государственный курс России не был определен, практические шаги отличались непоследовательностью, что затрудняло и научные изыскания. В одних исследованиях подспудно презюмировалось стремление к восстановлению СССР в той или иной форме, в других — вхождение России в Европейский Союз, в третьих — изоляция России от мировых процессов, несущих серьезные угрозы и вызовы. В большинстве работ шло сугубо нормативное сопоставление без практических прогнозных оценок.

Изоляционизм является тупиковым направлением как на учных исследований, так и политической практики. Уникальный путь каждого государства связан и с мировыми процессами в условиях глобализации. Попытка примкнуть к сложившимся пространственным объединениям в мире неизбежно поставит Россию в положение, при котором придется жертвовать либо ключевыми суверенными правами, либо основами статуса своих граждан (скорее всего, и тем и другим). В связи с этим гипотетически привлекательный проект вхождения в Европейский Союз практически сопряжен с колоссальными рисками и, более того, неосуществим, в чем убеждает пример Турецкой Республики.

Наконец, следует честно признать, что на сегодняшний день СССР не восстановим ни в какой форме. Союз Независимых Государств совершенно иная структура. Интенсивная интеграция России с другими государствами возможна как внутри СНГ (она уже началась с Белоруссией и Казахстаном), так и за его пределами. Сочетание открытости и прагматичности в развитии интеграционных процессов, учет не только государственной составляющей, но и влияния интеграционных процессов на статус граждан России должны стать приоритетами в данном вопросе.

В связи с изложенным полагаем, что интеллектуальное обеспечение формирования и развития Евразийского Союза — магистральное направление и выраженный государством и обществом социальный заказ для современной российской правовой компаративистики.

Третьей тенденцией развития сравнительного правоведения выступает невозможность продолжения исключительно страноведческого его компонента без учета влияния международно-правового пространства.

В конце XX — начале XXI в. практика определения национального правового статуса человека его международно-правовым статусом достигла небывалых масштабов. В целом правовой статус человека и гражданина невозможно представить без международных стандартов прав человека в части его политических, социально-экономических, духовно-культурных прав, и в особенности новых поколений прав человека. Наиболее наглядный пример — ряд специальных статусов человека, в частности статус беженца. Нормы Женевской конвенции о статусе беженцев, заключенной 28 июля 1951 г, предопределили развитие национальных правовых статусов беженцев. Вне положений Конвенции современный статус беженца невозможно даже представить, тем более определить в национальной правовой системе. Таким образом, международное правовое пространство оказывает значительное, а по ряду направлений и системообразующее влияние на национальные правовые пространства, определенные специальные статусы человека.

Но потенциал международного права далеко не исчерпан. Декларациям о правах человека и гражданина 1960-х гг оправданно уделяют большое внимание. Вместе с тем потенциал Декларации ООН 1985 г. о праве на развитие далеко не исчерпан. Именно данная группа прав человека будет определять его статус в ближайшей перспективе. Формирование такого подхода представляется крайне желательным, поскольку в технологическом развитии нередко выпадает развитие человека, что ведет к его деградации, невозможности активной жизни без «технических костылей».

Развитие международного права нелинейно и связано не только с его универсализацией, но и с фрагментацией международного права. Отмечая колоссальный прогресс международного публичного права, его влияние на конкретные общественные отношения, прежде всего на статус человека, все же универсальные международные нормы объективно характеризуются значительной абстрактностью. Нормы международного права, формируемые в международных региональных организациях, тесных союзах «федеративного типа»,

например в Европейском Союзе, более конкретны, а инструментарий обеспечения их реализации обширнее. Следовательно, пересечение универсального международного пространства и пространств региональных организаций следует учитывать при определении статусов человека самым серьезным образом.

Четвертая тенденция развития сравнительного правоведения — зримый переход от сравнения нормативной составляющей правовой системы к охвату всех трех основных компонентов правовой системы (идеи, нормы, отношения).

С точки зрения идеологической составляющей права важен не только концептуальный аспект правовой системы, на каких идеях она базируется, но и отношение общества к данным идеям и ко всем компонентам правовой системы. В рассматриваемом примере значение имеет не только концепция прав человека, ценность его прав и свобод для государства, международного сообщества, но и отношение человека к своим статусам, всему комплексу прав, свобод и обязанностей.

Выше отмечалась проблема прямого некритического заимствования российской правовой системой норм зарубежного права. Показав весьма низкую эффективность, такое заимствование во многом изжило себя. Вместе с тем проблема некритического заимствования видится глубже. В Российской Федерации имело место прямое, некритическое заимствование не только норм и институтов, но и идей, сформулированных в иных правовых системах, к тому же не вполне последовательно и успешно реализованных даже в тех системах, из которых они заимствованы. В настоящее время в смежных научных дисциплинах (социологии, психологии) ставится задача избавления от так называемых псевдолиберальных идеологов. К их числу относится абсолютная открытость общества и государства, что косвенно требует открытости государственных границ и сопровождается лозунгом: «Нелегальных людей не бывает!». Полагаем, что ценность открытости общества чрезмерно преувеличена, а понимание открытости излишне прямолинейно и некритично. Каждый человек легален в том смысле, что имеет право на жизнь, иные личные права. В то же время его местонахождение определяется правом. Если люди нелегально находятся на территории Российской Федерации, они должны быть выдворены за ее пределы. Борьба с нелегальной миграцией не может нарушать права мигрантов, потому что у них изначально не было права находиться на территории Российской Федерации. При этом неотвратимое наказание за соответствующие правонарушения необходимо обращать не только на мигрантов, но

прежде всего на тех, кто организовал нелегальные потоки мигрантов и способствовал развитию данного явления.

Очевидно, что нелегальная миграция существенно осложняет реализацию всего комплекса прав и свобод, определенных статусом гражданина Российской Федерации, а также статусом различных категорий мигрантов, законно находящихся на территории Российской Федерации. При этом избыточная миграция, даже вполне легальная, может подрывать согласие в обществе. В связи с этим каждое общество само определяет, сколько и каких мигрантов готово принять, что закрепляется в правовой системе.

Другой заимствованной идеологией выступает толерантность как основа общественной жизни. Речь идет о толерантности в отношении как различных групп общества, так и мигрантов. Полагаем, что терпимое отношение гасит определенные конфликтные проявления, но не решает задачи общественного согласия по существу.

В Российской империи, СССР общество было ориентировано на дружбу, сотрудничество, взаимообогащение народов в рамках единого пространства. Несмотря на все ошибки и просчеты в этом направлении, лучших аналогов в мире нет. Правовое пространство едино тогда, когда признается и обеспечивается всем обществом, когда все его группы сотрудничают, взаимодействуют на основе общих правовых ценностей.

Пятой тенденцией развития сравнительного правоведения видится выход сравнительных исследований за рамки «формального права».

Концепция выделения «живого права» связана с юридико-поведенческой теорией. Основные компоненты системы «живого права» — ценность, мотив, установка, поведение, социальный контроль<sup>1</sup>.

Очевидно, что одни статусы приоритетны для их носителей, другие менее заметны, третьи «выпадают из поля зрения» человека. Так, на сегодняшний день статус избирателя не кажется людям достаточным для управления государством. Требуется реальное участие гражданина в принятии конкретных решений.

Социально-правовые роли, обусловленные предметно-отраслевым статусом, часто с ним не совпадают. Феномен теневого права оказывает влияние на эти роли, заменяя формальные институты неформальными, зачастую криминальными.

Наглядный и болезненный пример российского общества — криминальная романтика как отличительная черта 1990-х гг. Полагаем, что романтизация преступления является даже не ложной идеологией

<sup>1</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Управление на основе права. М., 2007. С. 441–451.

мой, а ложной мифологемой, от которой необходимо решительно избавляться.

Мифологемы также являются фактором, оказывающим «теневое» влияние на правовое пространство. В современном мире обострилась проблема борьбы с коррупцией. Принимаемые государствами и международным сообществом решения наталкиваются не только на сложившиеся традиции, но и на психологические у становки, которые могут быть ориентированы на коррупцию либо на ее искоренение.

Утверждение, что все государственные служащие коррумпированы, равно как и то, что ни один государственный служащий не подвержен коррупции, — мифологемы. Но если первая мифологема о тотальной коррумпированности создает комфортные психологические условия для коррупционеров («я как все») и некомфортные для не вовлеченных в коррупционные отношения («я белая ворона»), то вторая, о всеобщей честности, напротив, поддерживает некоррумпированных профессионалов и создает дискомфорт для коррупционеров. В свою очередь, первая у становка порождает в обществе зачастую беспочвенную критику всех государственных служащих, но толкает на коррупционные предложения при обращении по конкретному делу, вторая настраивает общество на отказ от коррупционных схем и делает его нетерпимым к конкретным проявлениям фактов коррупции. Таким образом, продуктивнее заблуждаться, что все государственные служащие честные, чем, что все они коррумпированные.

Без теневых аспектов сегодня сложно оценивать и сравнивать функционирование правовых систем, равно как и сопоставлять различные статусы человека в правовых пространствах.

---

---

---

*И.А. Стародубцева,*  
кандидат юридических наук  
(Воронежский государственный университет)

## **СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ ПОДХОД К МЕХАНИЗМУ ОГРАНИЧЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД ЛИЧНОСТИ**

Конституция РФ провозглашает человека, его права и свободы высшей ценностью. Однако приоритет прав и свобод личности не всегда используется в качестве основного начала при принятии федеральных законов, ограничивающих права и свободы граждан. Возникают коллизии между Конституцией и федеральным законодательством, которые негативно сказываются на правовом статусе личности в России. А поскольку права и свободы граждан ограничиваются в разных сферах, то указанный недостаток отрицательно влияет на многие отрасли права (административное, трудовое, семейное, уголовное) и в целом на правовую систему Ю.А. Тихомиров справедливо отмечает: «досадно, что и в прошлые годы, и сейчас мало внимания уделяется анализу такой фундаментальной проблемы, как роль конституции в развитии правовой системы, отраслей права и законодательства»<sup>1</sup>, поэтому сравнительно-правовой подход использован применительно к механизму ограничения конституционных прав и свобод человека и выявлению влияния конституционных норм в данной сфере на правовую систему. По мнению В.И. Лафитского, конституционные права и свободы являются одним из факторов, сдерживающих Россию от деспотизма<sup>2</sup>, а на современном этапе развития страны данный вопрос является чрезвычайно актуальным, так же как и необходимость повышения уровня гарантированности правового положения личности в государстве.

В Конституции РФ предусмотрен следующий механизм ограничения прав и свобод человека: федеральными законами только в той мере, в какой это необходимо для защиты важнейших конституционных ценностей, указанных в ч. 3 ст. 55, — основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. В России на этапе принятия федеральных законов соответствию

---

<sup>1</sup> Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. М., 2010. С. 244.

<sup>2</sup> См.: Лафитский В.И. Сумерки права: семь грехов правотворчества // Адвокат. 2006. № 2. С. 79–86.

ограничений прав и свобод конституционным нормам не уделяется должного внимания, поэтому необходимо обратить особое внимание на некоторые аспекты сравнения Конституции РФ и федеральных законов, затрагивающих права и свободы граждан, а также на решение данного вопроса в зарубежных странах.

Сравнительно-правовой подход используется нами применительно к исследованию механизма ограничения конституционных прав и свобод личности по двум направлениям: Конституция РФ и федеральные законы; Россия и зарубежные страны.

При сравнительно-правовом исследовании применены следующие критерии:

1) системность — рассмотрение объектов как систем со всеми межэлементными взаимосвязями, взаимовлиянием элементов на систему и окружающую среду;

2) воздействие права на общественные отношения (регулятивно-поощрительное или регулятивно-наказательное).

Нормативные правовые акты, регулирующие правовое положение личности, должны представлять собой систему, на вершине которой находится Конституция РФ. Иерархия данных актов закреплена: Конституция → ФКЗ → ФЗ → подзаконные акты. Сложность соблюдения указанной иерархии заключается в том, что при ограничении конституционных прав личности федеральным законом затруднительно непосредственно использовать общее правило для разрешения иерархических коллизий: применять акт, обладающий более высокой юридической силой, — Конституцию РФ. В каждом конкретном случае требуется оценка соразмерности ограничения прав тем ценностям, для охраны которых допускается ограничение. Такая оценка должна осуществляться при проведении правовой экспертизы законопроектов, а если закон действует, то с юридически значимыми последствиями давать такую оценку может только Конституционный Суд РФ. Практика Конституционного Суда РФ показывает, что подавляющее число обращений — это жалобы граждан на неконституционность законов, многие из которых таковыми и признаются в результате рассмотрения жалоб. Это означает разрыв системных связей на отрезке «Конституция — федеральные законы» и неэффективность (неквалифицированность) проведения правовой экспертизы законопроектов.

Указанная ситуация отрицательно сказывается на правоприменении, так как федеральные законы действуют и причиняют ущерб физическим и юридическим лицам до тех пор, пока кто-либо из них не обратится в Конституционный Суд РФ. Правом направления



абстрактного запроса они не обладают, а те субъекты, которые вправе обращаться с запросами в федеральный орган конституционного контроля, им не пользуются. Изменения, внесенные в Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»<sup>1</sup>, еще больше затруднили доступ граждан к конституционному правосудию: жалобу можно подавать в случае нарушения конституционных прав и свобод законом, примененным к гражданину в конкретном деле, рассмотрение которого закончено в суде.

Интересным является решение указанной проблемы Конституцией Французской Республики 1958 г., которая предусматривает осуществление предварительного конституционного контроля: в отношении органических законов и регламентов палат парламента — обязательного, в отношении иных законов — факультативного. Поскольку личность в правовом пространстве является наиболее уязвимым субъектом, для усиления гарантированности ее прав и свобод нужен и предварительный, и последующий конституционный контроль нормативных актов, регулирующих правовой статус человека и гражданина.

Второй критерий сравнения — воздействие права на общественные отношения. Оно может иметь и регулятивно-поощрительный, и регулятивно-наказательный характер. В Конституции РФ с поощрительной стороны урегулированы права и свободы личности:

а) закреплен широкий перечень основных прав и свобод личности, не отрицаются иные (ч. 1 ст. 55);

б) конституционные нормы почти не предусматривают конкретных ограничений прав и свобод личности (за исключением ч. 3 ст. 32, в которой ограничивается право избирать и быть избранными двух категорий граждан — признанных судом недееспособными и содержащихся в местах лишения свободы по приговору суда, и ч. 5 ст. 13 — случаи запрета создания общественных объединений);

в) гарантируются наиболее важные права и свободы, которые не подлежат ограничению в условиях чрезвычайного положения (ч. 3 ст. 56);

г) ограничения допускаются только федеральными законами для защиты наиболее важных ценностей (ч. 3 ст. 55).

Большинство конституций зарубежных стран похожим образом регулируют права и свободы личности (Франция, США, Индонезия, Япония и др.). Однако встречается и иной подход к механизму огра-

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

ничения конституционных прав и свобод личности. Так, в Основном законе ФРГ 1949 г. возможные ограничения конкретного права указаны в каждой статье, его гарантирующей.

Для выявления характера воздействия федеральных законов требуется сравнение соразмерности ограничения прав тем ценностям, для охраны которых оно допускается. Конституционный Суд РФ при проверке конституционности ограничений прав и свобод отметил, что Конституция РФ требует безусловного соблюдения предусмотренных ею гарантий личности и исходит из необходимости обеспечения справедливости соответствующих ограничений, их соразмерности защищаемым конституционным ценностям<sup>1</sup>.

Сравнение норм Конституции России и федеральных законов, затрагивающих конституционные права и свободы человека и гражданина, включает в себя два этапа.

1. Выявление соразмерности ограничений конституционных прав и свобод личности угрозе причинения ущерба тем ценностям, для защиты которых допускается ограничение, по следующим показателям:

- а) возникновение негативных последствий при неустойчивости ограничения конкретного права;
- б) реальность угрозы причинения вреда подлежащим защите конституционным ценностям.

Определение указанных показателей возможно с использованием метода моделирования для выявления вероятности наступления негативных последствий и степени реальности угрозы.

2. Сравнение содержания норм Конституции РФ, гарантирующих конкретное право личности, и федерального закона, регулирующего его реализацию, в том числе и ограничения. Нормы федерального закона необходимо соотносить с конституционными нормами по содержанию, выявить сходство или отличие в правовом регулировании одних и тех же общественных отношений.

Конституция РФ неодинаково ограничивает права и свободы человека: во-первых, предусматривается общая норма о возможности ограничения прав федеральными законами (ч. 3 ст. 55); во-вторых,

<sup>1</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 19 марта 2003 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности положений Уголовного кодекса Российской Федерации, регламентирующих правовые последствия судимости лица, неоднократности и рецидива преступлений, а также пунктов 1–8 Постановления Государственной Думы от 26 мая 2000 года “Об объявлении амнистии в связи с 55-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов” в связи с запросом Останкинского межмуниципального (районного) суда города Москвы и жалобами ряда граждан» // СЗ РФ. 2003. № 14. Ст. 1302.

в ч. 3 ст. 32 сразу устанавливаются конкретные ограничения: право избирать и быть избранными двух категорий граждан. При сравнении следует определить, как соотносятся два вышеуказанных конституционных способа ограничения прав и свобод: возможно ли дополнительное ограничение в федеральном законе тех прав, которые уже ограничены в Конституции РФ и перечень которых является исчерпывающим.

Сравнение возникающей угрозы объекту защиты (конституционным ценностям) и соразмерности ей ограничения прав и свобод личности по вышеназванным показателям позволило прийти к выводу, что права и свободы в России ограничиваются федеральными законами не всегда обоснованно. При этом проявляется их регулятивно-карательное воздействие из-за ограничения конституционных прав и свобод личности произвольно, не в связи с реальной угрозой защищаемым конституционным ценностям.

Так, Федеральный закон от 19 июня 2004 г № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»<sup>1</sup> (ст. 8) устанавливает запрет на проведение публичных мероприятий на территориях, непосредственно прилегающих к резиденциям Президента РФ. В данном случае ограничение конституционного права граждан собираться мирно не направлено на защиту конституционных ценностей (ч. 3 ст. 55), так как неограничение указанного права не привело бы к реальной угрозе причинения им вреда. В ч. 3 ст. 27 Федерального закона от 26 сентября 1997 г . № 125-ФЗ «О свободе совести и религиозных объединениях»<sup>2</sup> существенно ограничиваются права религиозных организаций, не имеющих документа, подтверждающего существование на соответствующей территории на протяжении не менее 15 лет. Сфера религии является очень тонкой, связанной с глубокими чувствами людей, поэтому ограничение конституционных прав верующих должно допускаться только в исключительных случаях.

Судимость предусматривается многими федеральными законами как основание для ограничения прав и свобод, хотя Конституция РФ такого основания не содержит. Данная юридическая категория перешла в современное российское право из советского права. Конституционный Суд РФ при проверке конституционности Жилищного кодекса РСФСР прямо назвал дискриминацией в жилищных правах отдельных категорий граждан по признаку наличия у них судимости и в силу этого нарушение гарантируемого государством принципа

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2004. № 25. Ст. 2485.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 1997. № 39. Ст. 4465.

равенства прав и свобод человека и гражданина<sup>1</sup>. По мнению Н.В. Витрука, «судимость как явление “объективного” и “субъективного” уголовного права, заменившее “неблагонадежность” времен царизма и “контрреволюционность” времен красного террора и гражданской войны, аморальна (безнравственна), противоречит принципам права, справедливости и гуманизма и представляет собой рудимент прошлого, тоталитарного режима»<sup>2</sup>. Федеральный закон от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»<sup>3</sup> ограничивает избирательные права в период непогашенной и неснятой судимости; Трудовой кодекс РФ — право на занятие педагогической деятельностью; Семейный кодекс РФ — право быть усыновителем; Федеральный закон от 24 июля 2009 г. № 209-ФЗ «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>4</sup> — право на получение охотничьего билета; Федеральный закон от 30 декабря 2008 г. № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности»<sup>5</sup> — членство в саморегулируемой организации аудиторов. Указанные многочисленные ограничения прав личности требуют оценки с позиции наступления негативных последствий при неустановлении ограничения конкретного права и реальности угрозы причинения вреда важнейшим конституционным ценностям.

Применение сравнительно-правового подхода к механизму ограничения прав и свобод человека позволило выявить следующие негативные тенденции.

1. Конституция РФ не всегда оказывает должное влияние на правовую систему: нарушаются системные связи в виде необходимого соответствия ей федеральных законов, что приводит к разрыву меж-

<sup>1</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 23 июня 1995 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности части первой и пункта 8 части второй статьи 60 Жилищного кодекса РСФСР в связи с запросом Муромского городского народного суда Владимирской области и жалобами граждан Е.Р. Такновой, Е.А. Оглоблина, А.Н. Вашука» // СЗ РФ. 1995. № 27. Ст. 2622.

<sup>2</sup> См.: Особое мнение судьи Н.В. Витрука к Постановлению Конституционного Суда РФ от 19 марта 2003 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности положений Уголовного кодекса Российской Федерации, регламентирующих правовые последствия судимости лица, неоднократности и рецидива преступлений, а также пунктов 1–8 Постановления Государственной Думы от 26 мая 2000 года “Об объявлении амнистии в связи с 55-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов” в связи с запросом Останкинского межмуниципального (районного) суда города Москвы и жалобами ряда граждан» // СЗ РФ. 2003. № 14. Ст. 1302.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253.

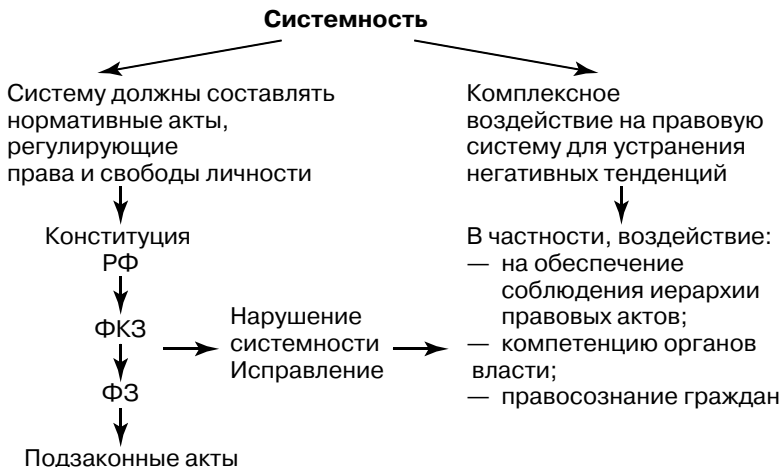
<sup>4</sup> СЗ РФ. 2009. № 30. Ст. 3735.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2000. № 1. Ст. 15.

ду конституционными правами и свободами личности и их необоснованному ограничению нормами федеральных законов (и других отраслей права).

2. Преобладает регулятивно-карательное воздействие федеральных законов, ограничивающих права и свободы личности. Ограничение может осуществляться произвольно, не в связи с реальной угрозой защищаемым конституционным ценностям. Причина этого связана с правосознанием разработчиков законопроектов, сформированным при тоталитарном режиме. В сфере прав и свобод человека предпочтение должно отдаваться регулятивно-поощрительному, а не наказательному воздействию и минимальному вмешательству государства.

Для усиления регулятивно-поощрительного влияния Конституции РФ на правовую систему в части правового статуса личности (и регулирования, и реализации) требуется системный комплекс мер, воздействующих на разные элементы правовой системы (право, правотворчество, правоприменение, правосознание). Недостаточно ограничиваться только контролем за нормативными актами, так как причины коллизий между ними различны: от правосознания (главы государства, депутатов, должностных лиц исполнительной власти, местного самоуправления, граждан) до правоприменения (от ошибок из-за низкой квалификации до прямой коррупции). Противоречия между элементами правовой системы приводят к формальным коллизиям — противоречиям в одном из элементов правовой системы — в праве. Системность должна проявляться в воздействии на разные элементы правовой системы, что отражено на схеме.



В целях комплексного воздействия на правовую систему, в том числе совершенствования законодательства и правоприменительной деятельности, предлагается следующее:

1. Для предотвращения коллизий нужно предусмотреть:

– предварительный конституционный контроль федеральных законов, ограничивающих конституционные права и свободы, наделить Конституционный Суд РФ полномочием по обязательной проверке указанных федеральных законов до их подписания Президентом РФ;

– обязательную независимую правовую экспертизу федеральных законов, ограничивающих права и свободы граждан, проводимую квалифицированными специалистами, имеющими ученую степень в области права. Законодательное закрепление экспертизы возможно в федеральном законе «О нормативных правовых актах», принятие которого необходимо и для становления иерархии нормативных актов, и для предотвращения и разрешения противоречий между ними. Проводить экспертизу могли бы вузы (профильные кафедры) и научные организации, финансируемые из федерального бюджета. При проведении экспертизы следует обращать особое внимание на справедливость и соразмерность ограничения прав человека защищаемым конституционным ценностям.

2. Для совершенствования правоприменения и устранения противоречий между Конституцией и иными действующими нормативными актами необходимо расширить круг субъектов, имеющих право обращаться в Конституционный Суд РФ с абстрактным запросом о проверке конституционности нормативных правовых актов, затрагивающих права и свободы личности. Такое право целесообразно предоставить субъектам, в обязанности которых входит защита прав граждан: Генеральному прокурору РФ, Уполномоченному по правам человека в Российской Федерации и уполномоченным по правам человека в субъектах Российской Федерации.

3. Нужно воздействовать на правосознание граждан в направлении формирования такого общества, где свобода личности является важнейшей ценностью: от развития и популяризации соответствующих научных концепций до изучения конституционных прав и свобод личности на всех уровнях образования, начиная с начальных классов школы.

Указанные предложения требуют изменения Федеральных конституционных законов «О Конституционном Суде Российской Федерации» и «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации».

Федерации»<sup>1</sup>. Они позволят более эффективно предотвращать и устранять противоречия между Конституцией РФ и федеральными законами до их применения к гражданам и создадут дополнительные гарантии правового статуса личности.

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1997. № 9. Ст. 1011.

---

---

---

*И.В. Плюгина,*  
кандидат юридических наук  
(ИЗиСП)

## **ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ ПРАВОВОГО СТАТУСА ИНОСТРАННЫХ ГРАЖДАН В СПЕКТРЕ ВЛИЯНИЯ ИНТЕГРАЦИОННЫХ ПРОЦЕССОВ**

Специфика современного этапа развития права заключается в повышении взаимовлияния и взаимодействия норм международного права и национального законодательства. Глобализационные и интеграционные процессы обуславливают трансформацию структуры международного права, определяют специфику развития законодательства отдельных государств. Как подчеркивает Ю.А. Тихомиров, происходит сближение предметов регулирования и повышение удельного веса международных норм в регулировании общих и региональных интересов. Расширяются сферы применения в качестве ориентиров модельных правовых актов, единообразных законов и унифицированных правил, кодексов и деловой этики, модельных законов, в том числе принятых в рамках СНГ и ЕврАзЭС. Осуществляется прямое или косвенное использование норм международно-правовых актов для создания сходных или однородных норм и институтов национальных законодательств<sup>1</sup>.

Развитие интеграционных процессов привело к увеличению практики участия государств в межгосударственных объединениях. Так, Российская Федерация является одновременно членом Союзного государства<sup>2</sup>, Таможенного союза<sup>3</sup>, Евразийского экономического сообщества<sup>4</sup>, Содружества Независимых Государств<sup>5</sup>; недавно было подписано соглашение о вступлении во Всемирную торговую организацию. В результате происходит наслаивание регулирующего воздействия меж-

---

<sup>1</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Право: современные границы регулирования / Открытые лекции Четвертого международного научного семинара «Сравнительное правоведение: современное состояние и перспективы развития». Киев, 2009. С. 16.

<sup>2</sup> См.: Договор между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о создании Союзного государства (подписан в г. Москве 8 декабря 1999 г.) // СЗ РФ. 2000. № 7. Ст. 786.

<sup>3</sup> См.: Договор о создании единой таможенной территории и формировании Таможенного союза (подписан в г. Душанбе 6 октября 2007 г.) // СЗ РФ. 2011. № 12. Ст. 1552.

<sup>4</sup> См.: Договор об учреждении Евразийского экономического сообщества (подписан в г. Астане 10 октября 2000 г.) // СЗ РФ. 2002. № 7. Ст. 632.

<sup>5</sup> См.: Соглашение о создании Содружества Независимых Государств (заключено в г. Минске 8 декабря 1991 г.) // Дипломатический вестник. 1992. № 1.



дународных актов различных видов и уровней, одни и те же вопросы регулируются двусторонними, трехсторонними, многосторонними международными актами. Проведение сравнительных исследований, равно как и формирование законодательства в сфере, подверженной так называемому многоуровневому регулированию, связано с необходимостью изучения и согласования содержания всех актов.

Наиболее заметна специфика наслоения регулирующего воздействия в регламентации прав и свобод человека и гражданина, в частности правового статусе са иностранных граждан. Правовой статус с личности — это общая, базовая категория, на основе которой происходит конкретизация прав и обязанностей по отношению к определенным группам населения. Исходя из деления правового статуса личности на общий, родовой и видовой по отношению к иностранным гражданам должно использоваться понятие родового правового статуса. «Специальный, или родовой, статус отражает особенности положения определенных категорий граждан... Указанные слои, группы, базируясь на общем конституционном статусе гражданина, могут иметь свою специфику, дополнительные права, обязанности, льготы, предусмотренные текущим законодательством»<sup>1</sup>. В рамках родового правового статуса иностранного гражданина можно выделить видовые правовые статусы: беженца; вынужденного переселенца; иностранного работника; иностранного высококвалифицированного специалиста; лица, получившего убежище, и др.

Условно в содержании общего правового статуса иностранных граждан можно выделить две группы прав и обязанностей.

1. Права и обязанности, закрепленные в международных актах:

— права и обязанности, закрепленные в универсальных международных актах;

— права и обязанности, закрепленные международными договорами и соглашениями государства гражданской принадлежности и государства проживания;

— права и обязанности, предоставляемые исходя из членства государства гражданской принадлежности и государства проживания в международных организациях и объединениях.

2. Права и обязанности, установленные нормами национального законодательства:

— права и обязанности, предоставленные в государстве гражданской принадлежности (преимущественного проживания) либо в административной единице, откуда была осуществлена миграция;

<sup>1</sup> Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М., 2004. С. 186.

– права и обязанности, предоставленные в государстве или административной единице, куда лицо осуществило миграцию.

Проследив динамику изменения правового статуса иностранного гражданина в российском законодательстве начиная с 1990-х гг., можно отметить, что имеют место две тенденции: первая заключается в постоянной детализации, дифференциации статуса иностранного гражданина в связи с изменением типов миграции, социально-экономических, политических условий; вторая выражается в расширении международно-правовой составляющей в правовом статусе иностранного гражданина, что обусловлено интеграционными процессами, сближением законодательства государств, между которыми происходит интенсивная миграция.

Данный тезис подтверждает тот факт, что если в начале 1990-х гг. можно было выделить только два специальных статуса иностранных граждан: беженцев и вынужденных переселенцев, то в настоящее время сформирован также статус иностранного гражданина, осуществляющего трудовую деятельность в Российской Федерации (в том числе статус иностранного работника), статус иностранного высококвалифицированного специалиста; дифференцировано правовое положение иностранных граждан в зависимости от срока проживания на территории Российской Федерации (статус временно пребывающего, временно проживающего, постоянно проживающего иностранного гражданина) и порядка въезда (иностранцы граждане, въехавшие в визовом и безвизовом порядке).

Процесс дифференциации правового статуса имеет перманентный характер. Невозможность реализации по тем или иным причинам положений международных договоров и соглашений, в соответствии с которыми лицу должен быть предоставлен специальный правовой статус, в том числе по причинам экономического характера, приводит к практике формирования нетрадиционных статусов иностранных граждан. Примером является такая категория, как «лица, которые фактически признаны». В частности, к указанной категории была отнесена группа тамильских беженцев из Шри-Ланки, прибывших в свое время в Швейцарию. В отношении них вопрос о предоставлении статуса намеренно не решался длительное время. Основой для такого поведения со стороны ведомств по работе с беженцами было в первую очередь опасение, что в случае признания за одной группой беженцев из Шри-Ланки какого-либо официального статуса в Швейцарии число беженцев из Шри-Ланки резко возрастет. В эту же категорию попадают беженцы из тех стран, которые не выдают им документы и, стало быть, намеренно лишают возможности

когда-либо вернуться на родину. Права этой категории беженцев примерно равны правам лиц, в отношении статуса которых вопрос еще не решен<sup>1</sup>.

В Финляндии помимо статуса беженца есть возможность получить так называемый протекционный статус. Он предоставляется в нескольких случаях: во-первых, если власти определяют, что человек, претендующий на статус беженца, не отвечает полностью критериям этого статуса; во-вторых, если ясно, что человек не может вернуться в страну, откуда он прибыл, если есть угроза для его жизни или к нему могут быть применены пытки. Также протекционный статус может быть принят по отношению к человеку, если в стране, откуда он прибыл, идет война<sup>2</sup>.

Не всегда имеется единая точка зрения относительно целесообразности выделения специального правового статуса. Так, до сих пор ведется дискуссия о возможности выделения специального правового статуса иностранных граждан, незаконно находящихся на территории принимающего государства, или так называемого статуса незаконного (нелегального) мигранта. В Соглашении о сотрудничестве государств — участников Содружества Независимых Государств в борьбе с незаконной миграцией, заключенном 6 марта 1998 г в Москве, под категорией «незаконные мигранты» понимаются граждане третьих государств и лица без гражданства, нарушившие правила въезда, выезда, пребывания или транзитного проезда через территории Сторон, а также граждане Сторон, нарушившие правила пребывания на территории одной из Сторон, установленные ее национальным законодательством<sup>3</sup>.

В связи с этим следует упомянуть справедливое замечание Глобальной комиссии по международной миграции о некорректности формулировки «незаконный» или «нелегальный» мигрант, так как

<sup>1</sup> С м.: *Маттерн Райнер*. Правовое и социальное положение лиц, ищущих убежище, беженцев и иных категорий вынужденных мигрантов в Швейцарии // Правовое и социальное положение вынужденных мигрантов в России, минимальные международные гарантии / Материалы одиннадцатого семинара, проведенного правозащитным центром «Мемориал» по программе «Миграция и право» — «Организация сети юридических консультаций в России для беженцев и вынужденных переселенцев» 28–30 апреля 2001 г. М., 2001. С. 11, 12.

<sup>2</sup> См.: *Лайне М.* Положение вынужденных мигрантов в Финляндии. Общие стандарты Европейского Союза // Правовое и социальное положение вынужденных мигрантов в России, минимальные международные гарантии / Материалы одиннадцатого семинара, проведенного правозащитным центром «Мемориал» по программе «Миграция и право» — «Организация сети юридических консультаций в России для беженцев и вынужденных переселенцев» 28–30 апреля. М., 2001. С. 14.

<sup>3</sup> Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. 1998. № 1. С. 81–86.

мигрант как физическое лицо не может быть незаконным; речь должна идти о законном или незаконном нахождении на территории государства или о законном или незаконном (регулируемом или нерегулируемом) статусе<sup>1</sup>. Справедливость данной рекомендации Глобальной комиссии очевидна, однако, учитывая, что основы правового статуса «незаконного мигранта» закреплены международным соглашением, а рекомендация имеет необязательный характер, можно предположить, что оборот «незаконный мигрант» уже не будет переформулирован каким-либо иным образом. В миграционном законодательстве Российской Федерации правовое положение соответствующей категории иностранных граждан частично урегулировано, однако термин «незаконный мигрант» нормативно не установлен и на законодательном уровне не применяется.

Полагаем, что выделение специального статуса незаконного мигранта не является целесообразным, в целях регулирования незаконной миграции достаточно применения понятия «незаконная миграция».

Дифференциация правового регулирования статуса иностранных граждан, формирование новых специальных правовых статусов является вполне закономерным явлением, позволяющим отразить многообразие общественных отношений на современном этапе общественного развития. Положительный эффект заключается в создании возможности адекватного реагирования на изменение политической, социально-экономической ситуации без концептуального изменения законодательства. В то же время имеются и определенные трудности. В первую очередь они вызваны необходимостью учета и согласования содержания актов различного уровня, избежать пробелов и противоречий в такой ситуации достаточно сложно. Кроме того, нуждается в дополнительной регламентации механизм совмещения различных правовых статусов, преодоления коллизий и противоречий между их различными видами.

Одно и то же лицо в зависимости от ситуации может быть одновременно признано иностранным гражданином, беженцем, вынужденным переселенцем, трудящимся-мигрантом, иностранным работником, высококвалифицированным иностранным специалистом, незаконным мигрантом и др. Причем каждый из перечисленных видовых правовых статусов имеет свою специфику, приобретает в специальном порядке и регламентируется специальным нормативным правовым актом или международными договорами и соглашениями.

---

<sup>1</sup> См.: Доклад Глобальной комиссии по международной миграции // 1 K REF / 05 / 0 / 2006 / P. 86.

Следует отметить, что не всегда возможно согласовать основы правового статуса, закрепленные на международном уровне, с положениями национального законодательства без его концептуального изменения. Например, имеет место проблема, связанная с определением правового статуса трудящегося-мигранта, у становленного положениями ряда международных актов, ратифицированных Российской Федерацией, со статусом иностранного гражданина, осуществляющего трудовую деятельность в Российской Федерации, закрепленного российским законодательством. В частности, в Конвенции о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей государств — участников Содружества Независимых Государств (подписана в г. Кишиневе 14 ноября 2008 г. ) к категории трудящихся-мигрантов отнесены лица, являющиеся гражданами одной из Сторон, а также лица без гражданства, постоянно проживающие на территории одной Стороны, законно находящиеся и на законном основании занимающиеся оплачиваемой трудовой деятельностью на территории другой Стороны, гражданами которой они не являются и в которой постоянно не проживают.

Однако в законодательстве Российской Федерации понятие «трудящийся-мигрант» не употребляется (исключение — федеральные законы о ратификации соответствующих соглашений), в связи с чем и само понятие, и правовой статус подпадающих под него лиц при применении в Российской Федерации необходимо будет согласовать, во-первых, с понятием «работник», закрепленным в Трудовом кодексе РФ, и, во-вторых, с понятием «иностраный работник», установленным Федеральным законом от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»<sup>1</sup>. При этом необходимо учитывать, что понятие «работник», содержащееся в Трудовом кодексе РФ, распространяется на лиц, осуществляющих трудовую деятельность в соответствии с трудовым договором, исключая при этом работающих на основе гражданско-правовых договоров. Понятие «иностраный работник», закрепленное в Федеральном законе «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации», имеет временной критерий (иностраный работник — иностранный гражданин, временно пребывающий в Российской Федерации и осуществляющий в установленном порядке трудовую деятельность), исключающий из области регулирования иностранных граждан и лиц без гражданства, временно проживающих в Российской Федерации и осуществляющих в установленном поряд-

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

ке трудовую деятельность. В то же время порядок осуществления трудовой деятельности иностранными гражданами и лицами без гражданства, имеющими разрешение на временное проживание, аналогичен применяемому по отношению к иностранным работникам, временно пребывающим в России. Положения Конвенции, в свою очередь, будут применяться к обеим категориям, что потребует корректировки законодательства в целях гармонизации подхода к регулированию их правового статуса. Кроме того, однозначно определить, какая именно деятельность понимается под «оплачиваемой трудовой деятельностью» в Конвенции, весьма затруднительно. В связи с этим нужно уточнить, распространяется ли действие Конвенции на лиц, осуществляющих трудовую деятельность в соответствии с гражданско-правовыми договорами. Апеллирование к аналогичным понятиям, закрепленным в других международных актах, в данном случае невозможно, поскольку установленный в ст. 1 Конвенции понятийный аппарат применяется только для целей Конвенции.

Актуальным также представляется вопрос согласования конвенционного понятия «трудоустроенный-мигрант» и соответствующих положений двусторонних договоров, норм актов национального законодательства стран, подписавших соглашение. Следует отметить, что в национальном законодательстве большинства государств — участников Содружества Независимых Государств термин «трудоустроенный-мигрант» также либо вообще отсутствует, либо отличается по смыслу вследствие чего проблема гармонизации миграционного законодательства приобретает особую актуальность.

При согласовании актов различного уровня основная проблема состоит в том, что, как правило, в национально-правовых системах государств — участников международных объединений зачастую не определены статус и иерархия национальных нормативных правовых актов, направленных на реализацию решений органов той или иной международной организации, и какие-либо особенности указанных актов по сравнению с любыми другими внутригосударственными нормативными правовыми актами. Специальных норм не имеется ни в конституциях, ни в законах о международных договорах<sup>1</sup>. То обстоятельство, что на конституционном уровне не учиты-

---

<sup>1</sup> Так, в соответствии с положениями Конституции Республики Беларусь (ст. 7) в Республике Беларусь устанавливается принцип верховенства права. Государство, все его органы и должностные лица действуют в пределах Конституции и принятых в соответствии с ней актов законодательства. Согласно ст. 8 Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства; в соответствии с нормами международного права может на добровольной основе входить в межгосударственные

вается специфика универсальных и региональных структур и таких объединений государств, как сообщества, содружества, союзы, порождает ряд трудностей, в том числе связанных с выполнением обязательств, налагаемых учредительными договорами на участвующие государства<sup>1</sup>. Одновременно актуализируется проблема соотношения различных видов международных актов, принимаемых в рамках той или иной международной организации. В Российской Федерации проблема иерархии осложняется отсутствием нормативной регламентации градации правовых актов национального законодательства в зависимости от их юридической силы.

Некоторые уставные документы международных организаций содержат прямое указание на юридическую силу принимаемых ими актов. В частности, согласно ст. 103 Устава ООН «в том случае, когда обязательства Членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу»<sup>2</sup>. Решением Межгосударственного совета Евразийского экономического сообщества № 533 «О Мероприятиях на 2011–2013 и последующие годы по реализации приоритетных направлений развития ЕврАзЭС» (принято в г. Москве 9 декабря 2010 г.) в числе мероприятий по совершенствованию системы управления указывается разработка организационно-правового механизма реализации актов ЕврАзЭС путем установления типологии и иерархии актов ЕврАзЭС и их соотношения с актами национального законодательства государств — членов ЕврАзЭС. В то же время следует отметить, что разработка и закрепление на межгосударственном уровне иерархии актов как национального, так и международного уровня могут повлечь споры относительно нарушения государственного суверенитета.

Можно предложить несколько основных путей преодоления поставленных проблем.

---

образования и выходить из них. В соответствии с п. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

<sup>1</sup> См.: Жигулин В.В. Конституционно-правовые основы участия Российской Федерации и других государств в Евразийском экономическом сообществе: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 7.

<sup>2</sup> Устав Организации Объединенных Наций. Подписан в г. Сан-Франциско 26 июня 1945 г. на заключительном заседании Конференции Объединенных Наций по созданию Международной организации // <<http://www.un.org/ru/documents/charter/index.shtml>>.

## *Методология сравнительного правоведения*

Во-первых, это сближение и гармонизация законодательства государств, осуществляющих тесное сотрудничество. Государствам, между которыми существует наиболее интенсивный миграционный обмен, следует стремиться к гармонизации миграционного законодательства в части регулирования правового статуса иностранных граждан, пребывающих на их территории, а также к унификации ключевых правовых терминов, таких как «трудоустроенный-мигрант», «беженец», «вынужденный переселенец», «внутриперемещенное лицо» и др. При этом в национальном законодательстве может осуществляться дополнительное правовое регулирование, отражающее специфику статуса отдельных категорий иностранных граждан.

Во-вторых, рекомендуется использовать диспозитивные нормы, «мягкие» формы регулирования, предполагающие выбор между определенными видами поведения в случае, если речь идет о предоставлении специального правового статуса иностранному гражданину. Например, как показывает практика, иногда оформить визу в качестве высококвалифицированного специалиста настолько сложно, что иностранные граждане, которые обладают соответствующей квалификацией, въезжают по визам обычного типа. Еще большие сложности связаны с получением статуса беженца. Одновременно следует предусмотреть механизмы изменения правового статуса иностранных граждан. С одной стороны, это позволит максимально учесть интересы самого иностранного гражданина, с другой — поможет преодолеть административные барьеры, связанные с получением того или иного правового статуса.

В-третьих, целесообразно нормативно закрепить иерархию нормативных актов с учетом их юридической силы, установить особенности их применения и согласования.



---

---

---

*Н.В. Кичигин,*  
кандидат юридических наук  
(ИЗиСП)

## **РОССИЙСКОЕ И ЗАРУБЕЖНОЕ ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО: ОБЩЕЕ И ОСОБЕННОЕ**

Экологическое законодательство во всем мире как отрасль права и законодательства начало формироваться во второй половине XX в., поэтому все государства при развитии своего экологического законодательства исходили из почти равных условий, но обладали различными возможностями. Так, Закон РСФСР от 27 октября 1960 г. «Об охране природы в РСФСР» хотя и содержал большей частью декларативные нормы, например о том, что «подлежат охране все земли, особенно пахотные, закрепленные за землепользователями, как основные средства производства в сельском хозяйстве», но вместе с тем устанавливал запреты и ограничения хозяйственной деятельности.

С тех пор экологическое законодательство Российской Федерации и зарубежных стран значительно изменилось, усложнилось, и важно оценить, как развивается российское экологическое законодательство, заимствует ли оно наилучшие зарубежные практики или пытается искать свой собственный путь развития.

Самый общий анализ показывает, что во всем мире существуют схожие подходы к правовому обеспечению решения экологических проблем, например инструментарий правовых мер: нормирование, мониторинг, разрешения, экологическая оценка, экологический контроль, юридическая ответственность, экономический механизм охраны окружающей среды, в том числе экономическое стимулирование. Но в деталях различия между указанными инструментами огромны. В каждой стране свой набор инструментов, свое соотношение между ними, свои механизмы их осуществления.

В Российской Федерации налицо приоритет, даже перекося, в пользу применения методов административного принуждения в регулировании экологических правоотношений: проверки, штрафы, разрешения, приостановление деятельности. За рубежом значительно большее значение придается механизмам экономического стимулирования в области охраны окружающей среды: экомаркировка, экологическое страхование, экологический аудит, экологическая сертификация, «зеленые» стандарты. Причем государствами стиму-

лируется и поощряется именно добровольное применение указанных инструментов.

Можно выделить несколько уровней соотношения экологического законодательства Российской Федерации и законодательства зарубежных стран.

Первый уровень: экологическое законодательство России и стран СНГ.

Второй уровень: экологическое законодательство России и стран ЕС.

Третий уровень: экологическое законодательство России и законодательство иных стран (США, Китай, Япония).

Кроме того, важнейшим фактором, влияющим на развитие российского и зарубежного законодательства, является участие Российской Федерации и иных государств в международных соглашениях по вопросам охраны окружающей среды, вхождение в межгосударственные объединения.

*Первый уровень соотношения экологических законодательств: Россия и страны СНГ.* Российское экологическое законодательство и законодательство стран СНГ наиболее близки и исторически, поскольку их основы были заложены еще в законодательстве СССР. Так, практически нет аналогов в мире созданной в России и странах СНГ экологической экспертизы, которая может быть государственной и общественной. Практически во всех странах СНГ данный механизм природоохранной деятельности сохранен и развивается. В Российской Федерации экологическая экспертиза переживает не лучшие времена, но важно, что она сохранена и не утратила потенциал для дальнейшего развития. Причем в зарубежных странах, например членах ЕС, не принимают государственную экологическую экспертизу, считая ее бюрократической процедурой. Но в правовом пространстве СНГ экологическая экспертиза получила заслуженное признание в качестве эффективного механизма охраны окружающей среды.

В юридической литературе эффективной формой превентивной охраны окружающей среды справедливо признается экологическая экспертиза. Трудно переоценить значение экологической экспертизы для системы экологического законодательства в Российской Федерации. По мнению С.А. Боголюбова, не будет преувеличением констатировать, что экологическая экспертиза и ее законодательное регулирование являются стержнем охраны окружающей среды и всего природоохранного, экологического законодательства, поэтому десятилетие принятия и действия Федерального закона от 23 ноября

1995 г. № 174-ФЗ «Об экологической экспертизе»<sup>1</sup> служит поводом как для анализа и осмысления, так и для стратегического значения всего института экологической экспертизы. Развитие экологического законодательства постоянно связано с экологической экспертизой и базируется на ней<sup>2</sup>.

В российской юридической литературе экологическая экспертиза признается формой предупредительного экологического контроля. Хотя в законодательстве данные правовые институты самостоятельны, они тесно связаны между собой. Помимо этого экологическая экспертиза является инструментом поддержания экологического правопорядка в правотворчестве, в хозяйственной, управленческой и иной деятельности, в обеспечении соблюдения и охраны права каждого на благоприятную окружающую среду а также источником разнообразной экологически значимой информации, средством доказывания при разрешении споров.

Т.В. Злотникова отмечает, что принятый в 1995 г Закон об экологической экспертизе внес неопределимый вклад в качестве эффективной меры обеспечения конституционных прав граждан на здоровье и благоприятную окружающую среду. Он стал реальной мерой обеспечения рационального природопользования и экологической безопасности страны<sup>3</sup>.

В юридической литературе отмечается, что экологическая экспертиза является одним из основных элементов организационного механизма охраны окружающей среды, важнейшей мерой контроля за деятельностью хозяйствующих субъектов со стороны специально уполномоченных государственных органов и общественных организаций<sup>4</sup>.

В юридической науке экологическую экспертизу часто рассматривают и как правовой институт. Как отмечает А.В. Таталина, экологическую экспертизу как правовой институт исследовали такие ведущие ученые в данной области правового регулирования, как М.М. Бринчук, Д.А. Абакумов, С.А. Боголюбов, М.И. Васильева, О.Л. Дубовик, В.В. Петров, В.В. Попков, Б.В. Ерофеев, Т.В. Злотни-

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4556.

<sup>2</sup> См.: *Боголюбов С.А.* Стратегическое значение Закона об экологической экспертизе России // Экологическая экспертиза в современной России. Итоги и перспективы. Всероссийская конференция. Москва, 14–15 декабря 2005 г М., 2006. С. 53.

<sup>3</sup> См.: *Злотникова Т.В.* Эколого-правовые, социально-экономические и нравственные аспекты десятилетнего применения Федерального закона «Об экологической экспертизе» // Право и политика. 2006. № 10.

<sup>4</sup> См.: *Анохин С.А.* Административно-правовой механизм в области проведения экологической экспертизы // Административное и муниципальное право. 2009. № 7.

кова, О.Н. Сапранова, И.О. Краснова, М.В. Хотулева, Ю.Р. Храмова и др.

В странах СНГ, как и в Российской Федерации, экологическая экспертиза регулируется отдельными законами. Правда, разным является перечень объектов ГЭЭ (Государственная экологическая экспертиза), и сравнение не в пользу России, которая значительно сократила перечень объектов экологической экспертизы по сравнению с другими странами СНГ.

В соответствии с Законом Украины «Об экологической экспертизе» (ст. 13) проведение государственной экологической экспертизы является обязательным для видов деятельности и объектов, которые представляют повышенную экологическую опасность.

Постановлением Кабинета Министров Украины от 27 июля 1995 г № 554 «О перечне видов деятельности и объектов, представляющих повышенную экологическую опасность» в соответствии со ст. 13 Закона Украины «Об экологической экспертизе» утвержден Перечень видов деятельности и объектов, представляющих повышенную экологическую опасность, для которых подготовка оценки воздействия на окружающую среду (ОВОС) и проведение государственной экологической экспертизы являются обязательными.

К числу таких объектов и видов деятельности отнесены следующие: атомная энергетика; атомная промышленность; биохимическое, биотехническое и фармацевтическое производство; сбор, обработка, хранение, захоронение, обезвреживание и утилизация всех видов промышленных и бытовых отходов; добыча нефти; нефтехимия и нефтепереработка; добыча и переработка природного газа; строительство хранилищ газа; химическая промышленность; металлургия; угольная промышленность; промышленность строительных материалов; машиностроение и металлообработка и др.

По этим объектам проводится полномасштабная процедура оценки воздействия намечаемой хозяйственной деятельности на окружающую среду (процедура ОВОС) в составе проектной документации, которая и является предметом государственной экологической экспертизы. В соответствии с п. 22 этого Перечня обязательной госэкспертизе могут подлежать и другие отдельные объекты, строительство и эксплуатация которых могут оказывать отрицательное влияние на состояние окружающей природной среды, которые в каждом конкретном случае определяются Минэкоресурсов Украины или его органами на местах.

При этом Минэкоресурсов Украины и его органы на местах руководствуются следующими критериями: наличие вблизи объектов

природно-заповедного фонда и охранных зон, лесонасаждений, парковых зон и т.д., прибрежных защитных полос рек и водоемов, их пойм, памятников истории и культуры; возможность значительного негативного воздействия на состояние воздушного бассейна; необходимость в отведении и очистке значительных объемов сточных вод; необходимость захоронения или утилизации большого количества отходов; возможность существенного негативного влияния на состояние грунтов и геологической среды.

Несмотря на общие исходные условия, говорить о полном совпадении экологического законодательства России с законодательством стран СНГ нельзя. Необходимо признать, что экологическое законодательство Украины, Казахстана и Белоруссии, ряда других стран СНГ в настоящее время по отдельным направлениям опережает по уровню развития российское законодательство. Например, в этих странах получил признание и регламентацию добровольный и обязательный экологический аудит, который направлен на проверку экологических требований в процессе хозяйственной деятельности, оценку состояния природных объектов. В Украине сохранена и функционирует система государственных экологических фондов, финансирующих природоохранные мероприятия.

*Второй уровень соотношения экологических законодательств: Россия и страны ЕС.* Данный уровень соотношения является стратегическим. С одной стороны, между экологическим законодательством Российской Федерации и странами Европейского Союза много различий, но государственная политика России направлена на унификацию с требованиями и законодательством Евросоюза. В первую очередь это касается экологического нормирования на основе наилучших доступных (существующих) технологий. Правительством РФ внесен в ГД РФ и принят в первом чтении проект федерального закона, предусматривающего поэтапный переход на наилучшие доступные технологии (НДТ), в выдачу комплексных разрешений на природопользование.

*Третий уровень соотношения экологических законодательств: Россия и иные страны.* В первую очередь это США, которые имеют особую систему экологического законодательства, применяют свои механизмы природоохранной деятельности. Так, США не присоединились к Киотскому протоколу, а создали собственную систему торговли квотами на выбросы парниковых газов. Однако это не значит что Россия не может ничего заимствовать у США.

Очень интересным представляется американский опыт по внедрению экономических методов регулирования природоохранных

отношений в самых различных сферах хозяйственной деятельности. Так, в США функционирует рынок экологических нормативов в форме квот на выбросы (tradeable pollution permits), когда предприятие, чтобы осуществлять выбросы сверх установленной квоты, должно купить ее у другого загрязнителя, а не получать сомнительные «лимиты» у государственных органов, как это делается в России<sup>1</sup>. При этом рыночные механизмы зачастую работают эффективнее, чем государственное регулирование.

Также очень интересен опыт заключения досудебных соглашений по возмещению причиненного вреда между нарушителями и государственными органами по охране окружающей среды. При этом нарушитель берет на себя обязательства по устранению выявленных нарушений, возмещению вреда, а государство снимает претензии.

У США Российская Федерация, как, впрочем, и Европа, иные страны мира, позаимствовала и такой инструмент охраны окружающей среды, как оценка воздействия намечаемой деятельности на окружающую среду — процедура ОВОС. Она заключается в том, что при планировании хозяйственной и иной деятельности инициатор деятельности должен провести исследования в целях предотвращения или минимизации возможного экологического вреда и иных последствий. При этом процедура проведения ОВОС в Российской Федерации была «увязана» с процедурой государственной экологической экспертизы. Аналогичная ситуация сложилась в странах СНГ.

Оценка воздействия намечаемой хозяйственной деятельности на окружающую среду и экологическая экспертиза — неразрывно связанные элементы экологической оценки, применяемой в Российской Федерации. Как отмечает С.А. Боголюбов, российский законодатель совместил применение ОВОС с обязательным проведением государственной экологической экспертизы (нашим изобретением), включив первое во второе и обеспечив таким образом толерантность правовых институтов в законодательстве и надлежащее дальнейшее развитие экономики страны<sup>2</sup>.

В начале 1990-х гг. ОВОС нашла применение и в России. Первое положение о порядке проведения ОВОС было утверждено еще в 1994 г. При этом оценка воздействия была включена в механизм экологической экспертизы и стала фактически предварительным этапом проведения экологической экспертизы, в первую очередь государственной.

<sup>1</sup> См.: Wolf and Stanley on Environmental law. 4<sup>th</sup> ed. Cavendish, 2003. P. 18.

<sup>2</sup> См.: *Боголюбов С.А.* Культура законодательной техники // Журнал российского права. 2006. № 10.

Как отмечается в юридической литературе, в недрах государственной экологической экспертизы Госкомприроды СССР зародилась, а затем оформилась в нормативные правовые нормы методология оценки воздействия на окружающую среду как процедуры, обеспечивающей учет экологических факторов при выработке хозяйственных решений, реализация которых может привести к неблагоприятным экологическим последствиям. Суть ОВОС заключается в том, что через бесконечное множество оцениваемых альтернатив и вариантов инициатор намечаемой деятельности может оценить и выбрать наиболее экологически обеспеченное решение.

Исторические корни ОВОС уходят в 1969 г., когда в Законе «О национальной политике в области окружающей среды США» (NEPA) было сформулировано требование о проведении экологической оценки воздействия намечаемой деятельности на окружающую среду<sup>1</sup>. В соответствии с этим Законом инициатор хозяйственной деятельности, прежде чем принять решение о реализации проекта, должен подготовить Заявление о воздействии на окружающую среду (ЗВОС). С 1972 по 1991 г. практически во всех странах Европы, в Канаде, Австралии процедура экологической оценки (environmental law assessment или EIA) начала использоваться при принятии экологически значимых решений и была закреплена на законодательном уровне<sup>2</sup>.

В США в случае возникновения у какого-либо министерства или ведомства намерения осуществить тот или иной проект или выдать разрешение другим лицам или организациям на выполнение мероприятия, связанного с использованием земель, других природных ресурсов или возможным воздействием на природные системы, это министерство или ведомство должно провести серию оценок и принять на их основе решения, известные как процедура Заявления о воздействии на окружающую среду.

Федеральное законодательство устанавливает такую процедуру для всех федеральных министерств и ведомств; кроме того, и законы штатов предусматривают эту процедуру для всех правительственных органов и местных органов власти. Процедура ЗВОС признается ценным элементом в планировании и землепользовании<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См.: *Kubasek Nancy. Environmental law / Nancy K. Kubasek, Gary S. Silverman. 6<sup>th</sup> ed. P. 149.*

<sup>2</sup> См.: *Максименко Ю.Л., Горкина И.Д. Государственная экологическая экспертиза в России: время упущенных возможностей // Экологическая экспертиза в современной России. Итоги и перспективы. Всероссийская конференция. Москва, 14–15 декабря 2005 г. М., 2006. С. 73, 74.*

<sup>3</sup> См.: *Правовое регулирование природопользования и охраны окружающей среды в США / пер. с англ. под ред. О.С. Колбасова и А.С. Тимошенко; послесл. О.С. Колбасова. М., 1990. С. 101.*

В Европейском Союзе процедура оценки воздействия различных видов деятельности на среду обитания является одним из основных инструментов реализации экологической политики, а также одним из самых эффективных законодательно обоснованных механизмов обеспечения права общественности на доступ к экологической информации и к участию в процессе принятия экологически значимых решений.

Основой для развития в Европе новой системы подготовки и принятия экологически значимых решений стала утвержденная 27 июня 1985 г. Советом Европейских Сообществ Директива 85/337/ЕЕС об оценке воздействия некоторых государственных и частных проектов на среду обитания. Почти 12 лет спустя, основываясь на богатом опыте применения Директивы 85/337/ЕЕС в различных странах, Европейский Союз принял 3 марта 1997 г. новую Директиву 97/11, существенно развивающую и дополняющую Директиву 1985 г.<sup>1</sup>

В отличие от зарубежных практик, процедура ОВОС в России имеет ряд недостатков. Прежде всего следует отметить проблему отсутствия дифференцированного подхода к объектам экологической оценки. В законодательство зарубежных стран в области экологической оценки введена процедура скрининга, в результате которой выделяются объекты или виды деятельности, в отношении которых оценка воздействия на окружающую среду проводится в обязательном порядке<sup>2</sup>.

Так, в соответствии с европейской Директивой по оценке воздействия на окружающую среду проекты намечаемой деятельности поделены на три категории. Проекты, перечень которых представлен в приложении I Директивы, подлежат ОВОС в обязательном порядке. К таким проектам, например, относятся: нефтеперерабатывающие заводы; тепловые и атомные электростанции, включая закрытые и выведенные из эксплуатации; сталеплавильные и чугунолитейные заводы; установки для добычи или обработки асбеста или асбестосодержащих материалов; строительство железнодорожных путей или аэропортов; строительство новых четырехполосных шоссе, включая реконструкцию или расширение (10 км и выше); внутренние водные пути и порты для судов, включая торговые порты, грузовые причалы.

<sup>1</sup> См. : Гришин Н. Общественность и среда обитания: правовые аспекты участия общественности в принятии экологически значимых решений в России и Европе. М., 1997. С. 139, 140.

<sup>2</sup> См. подробнее: Камалов Р.И., Аладжеев М.М. Экологическая оценка намечаемой деятельности в свете разграничения полномочий федеральных и региональных органов власти. М., 1997. С. 198–202.



В отношении проектов, перечень которых представлен в приложении II Директивы и которые могут не оказывать существенного воздействия на окружающую среду, государства-члены устанавливают пороговые показатели, критерии или же изучают проекты в индивидуальном порядке в целях определения, какой проект подлежит оценке в зависимости от значительности воздействия на окружающую среду. Проекты, показатели которых ниже пороговых/установленных критериев, не требуют проведения процедуры ОВОС. При определении пороговых показателей или критериев государства-члены принимают во внимание соответствующие критерии отбора, установленные Директивой (приложение III).

По российскому законодательству ОВОС должна проводиться в отношении любой планируемой хозяйственной и иной деятельности, причем процедура применительно к разным объектам также не дифференцирована — и к проекту освоения месторождения нефти и газа, и к проекту строительства автомастерской.

В США и странах Европейского Союза в подходах к проведению оценки воздействия на окружающую среду заложен важнейший принцип: в зарубежных странах процедура ОВОС имеет самостоятельное значение, поскольку не проводится государственная экологическая экспертиза.

Кроме того, у западных экспертов вызывает возражение то, что в нашей процедуре ОВОС никак не задействованы уполномоченные государственные органы, поэтому она не дает объективных результатов, а отражает точку зрения инициатора деятельности.

Интерес вызывает соотношение российской процедуры оценки воздействия на окружающую среду с международными документами по оценке воздействия. Среди таких нормативных правовых актов можно выделить Конвенцию об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте (Эспо, 1991), Протокол по стратегической экологической оценке к указанной Конвенции (Киев, 2003), Протокол об охране окружающей среды к Договору об Антарктике (Мадрид, 1991).

Из международных документов Российская Федерация приняла обязательства только по Протоколу об охране окружающей среды к Договору об Антарктике. К Конвенции об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте Российская Федерация присоединилась в 1991 г., но так и не ратифицировала ее. Между тем ратификация указанной Конвенции и Протокола по стратегической экологической оценке позволила бы усовершенствовать российскую процедуру оценки воздействия на окружающую среду.

Как указывалось выше, Украина, в отличие от Российской Федерации, является участницей и Конвенции об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте, и Протокола по стратегической экологической оценке, имплементировала их требования в национальное законодательство.

В ст. 51 Закона Украины «Об охране окружающей среды» установлено, что проекты хозяйственной и другой деятельности должны иметь материалы оценки ее воздействия на окружающую природную среду и здоровье людей. В законодательстве Украины требования к составу и содержанию материалов ОВОС установлены государственными строительными нормами, утвержденными приказом Юсстроя Украины от 15 декабря 2003 г. № 214 «Состав и содержание материалов оценки воздействия на окружающую среду при проектировании, строительстве предприятий домов и сооружений». Указанные нормы устанавливают порядок разработки материалов оценки воздействия на окружающую среду в составе проектной документации на новое строительство, расширение, реконструкцию и техническое переоснащение объектов промышленности и гражданского назначения.

В Украине процедура проведения ОВОС тесно увязана с процедурой проведения государственной экологической экспертизы. В соответствии с Законом Украины «Об экологической экспертизе» документация на объекты экологической экспертизы должна содержать обоснования по обеспечению экологической безопасности планируемой или осуществляемой деятельности, с комплексной эколого-экономической оценкой существующего и прогнозируемого влияния на окружающую природную среду, оценку экологического риска, альтернативные прогнозные варианты уменьшения этого влияния.

Лица, которые передают документацию на объекты экологической экспертизы, в случае необходимости организывают и финансируют проведение дополнительных исследований, изыскательских и экспертных работ; обеспечивают гласность и учитывают общественное мнение о планируемой или осуществляемой деятельности; гарантируют достоверность предварительной оценки влияния на окружающую природную среду; обеспечивают оглашение через средства массовой информации Заявления об экологических последствиях планируемой или осуществляемой деятельности.

В соответствии со ст. 15 Закона Украины «Об экологической экспертизе» в документации на объекты государственной экологической экспертизы должна предусматриваться комплексная эколого-экономическая оценка влияния планируемой или осуществляемой

деятельности на состояние окружающей природной среды, использование и воспроизводство природных ресурсов, оформленная в виде отдельного тома (книги, раздела) документации и Заявления об экологических последствиях деятельности.

В ст. 36 данного Закона изложены требования к материалам ОВОС. В материалах оценки влияния на окружающую природную среду планируемой или осуществляемой деятельности обосновываются ее целесообразность и способы реализации, возможные альтернативные варианты решений, характеристика состояния окружающей природной среды территории, виды и уровни влияния на него в нормальных и экстремальных условиях, возможные изменения ее состояния, эколого-экономические последствия деятельности, мероприятия по уменьшению уровня экологического риска и обеспечения требований экологической безопасности.

В целях обеспечения гласности заказчики экологической экспертизы проектов по объектам, которые в процессе строительства и эксплуатации могут оказывать негативное влияние на окружающую природную среду, подготавливают в составе материалов ОВОС специальное Заявление об экологических последствиях, которое обязаны огласить через средства массовой информации (ст. 10 Закона Украины «Об экологической экспертизе»). Копия такого Заявления об экологических последствиях, подписанная заказчиком и генпроектировщиком, передается местным органам власти для контроля.

Чрезвычайно важно проанализировать влияние Конвенции Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (Орхус, 1998 г.), на процедуру экологической оценки в странах СНГ — участницах данной Конвенции. В рамках реализации данной Конвенции Совещанием Сторон создан Комитет по соблюдению, который рассматривает вопросы выполнения участниками Конвенции своих обязательств по ней отдельными государствами — участниками Конвенции. Решения Комитета по соблюдению касаются и процедур экологической оценки, применяемых в странах СНГ.

Так, в решении II/5b о соблюдении Украиной своих обязательств по Орхусской конвенции, принятом на втором Совещании Сторон, состоявшемся в Алма-Ате (Казахстан, 25–27 мая 2005 г.), Комитет по соблюдению указал на отсутствие ясности в отношении требований, касающихся участия общественности в оценке воздействия на окружающую среду (ОВОС), и в процедурах принятия решений по

экологическим аспектам различных проектов, например в отношении сроков и методов осуществления процесса консультаций с общественностью, требований, касающихся учета их результатов, и обязательств по представлению информации, имеющейся в контексте ст. 6 Конвенции, что свидетельствует об отсутствии четкой, транспарентной и согласованной структуры для осуществления Конвенции и о несоблюдении п. 1 ст. 3 Конвенции.

В докладе Комитета по вопросам соблюдения, содержащем выводы и рекомендации по сообщению АССС/С/2009/37 в отношении соблюдения Конвенции Белоруссией (приняты Комитетом по вопросам соблюдения 24 сентября 2010 г.), подвергнута критике процедура проведения оценки воздействия, реализованная в странах СНГ, при которой функции организации проведения ОВОС, в том числе информирования общественности, возлагаются на заказчика, а не на уполномоченные органы государственной власти.

В докладе указывается, что Комитет уже отмечал (АССС/С/2006/16, Литва, пункт 78)<sup>1</sup>, что ведущая роль заказчика в обеспечении участия общественности порождает сомнения в том, насколько подобный порядок действий соответствует положениям Конвенции, поскольку из некоторых положений ст. 6 Конвенции вытекает, что соответствующая информация должна непосредственно распространяться государственными органами и что замечания следует представлять соответствующему государственному органу (подп. «d» (iv–v) п. 2 и п. 6 ст. 6).

Вместе с тем приведенные выше замечания не означают, что ответственность за выполнение некоторых или даже всех указанных выше функций, относящихся к обеспечению участия общественности, должна во всех случаях возлагаться на компетентный орган, принимающий решение о выдаче разрешения на предлагаемый вид деятельности. По сути дела, во многих странах указанные выше функции передаются различным органам или даже частным лицам. Такие органы и лица, выполняющие публичные административные функции в отношении участия общественности в процессе принятия экологических решений, следует рассматривать с учетом конкретных механизмов, предусмотренных национальным законодательством, в качестве субъектов, подпадающих под определение «государственный орган» по смыслу положений подп. «b» или «с» п. 2 ст. 2.

<sup>1</sup> В решении III/6d о соблюдении Литвой своих обязательств по Конвенции, принятом на третьем Совещании Сторон, состоявшемся 11–13 июня 2008 г. в Риге, Комитет указал на необходимость назначения государственного органа, в котором общественность может получить соответствующую информацию и в который можно представлять замечания и вопросы в отношении каждой процедуры принятия решений, охватываемых ст. 6.

Комитет по соблюдению указал на то, что для надлежащего проведения процедуры участия общественности административные функции, относящиеся к организации такого участия, обычно передаются органам или лицам, которые нередко специализируются на вопросах участия общественности или оказывают посреднические услуги, являются беспристрастными и не представляют чьих-либо интересов, связанных с предлагаемым видом деятельности, охватываемым процессом принятия решений.

Хотя заказчики (инициаторы проекта) могут нанимать консультантов, специализирующихся на вопросах участия общественности, ни сами заказчики, ни нанятые ими консультанты не могут обеспечить беспристрастности в степени, необходимой для гарантирования надлежащего проведения процедур участия общественности. В связи с этим Комитет приходит по данному вопросу к выводу о том, что, как и в уже рассмотренном случае, «возложение ответственности за обеспечение условий участия общественности исключительно на подрядчика не соответствует положениям Конвенции».

Эти замечания в отношении роли заказчиков (инициаторов проекта) не должны толковаться как соображения, исключающие их участие под контролем государственных органов в организации процедуры участия общественности (например, при проведении общественных слушаний) или предусматривающие взимание с них особых сборов для покрытия расходов, связанных с участием общественности. Кроме того, любые механизмы, предусматривающие или поощряющие их участие в общественных обсуждениях до подачи заявки на получение разрешения, в полной мере отвечают требованиям п. 5 ст. 6 при условии, что такие механизмы дополняют обязательные процедуры участия общественности.

Данная позиция Комитета по соблюдению означает для Белоруссии, Казахстана, Литвы, Украины, а также и России в случае присоединения к Орхусской конвенции необходимость серьезного изменения процедуры ОВОС за счет включения в нее уполномоченных органов в области охраны окружающей среды и наделения их функцией по организации и координации процедуры ОВОС.

Для проведения сравнительно-правовых исследований российского и зарубежного экологического законодательства необходимо установить следующие критерии: правовая система, форма государственного устройства, площадь территории стран должны быть схожи. Например, территория Российской Федерации схожа с территорией Китая, но в данный момент времени экологическое российское законодательство более комплексное и развитое, чем китайское,

поэтому Китай внимательно изучает российский опыт и использует его при разработке своего законодательства. Чтобы получение и применение зарубежного опыта были эффективными и полезными для государства-реципиента, необходимо знать принципы и методы сравнительного правоведения.

В последнее время все более сильным фактором, оказывающим влияние как на российское, так и на зарубежное законодательство, становятся международное экологическое право и межгосударственные объединения. В качестве международных соглашений, оказывающих значительное влияние на российское и зарубежное законодательство стран СНГ и Евросоюза, следует назвать Конвенцию о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (Орхусская конвенция), Конвенцию об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте, Протокол по стратегической экологической оценке. Россия не является участницей данных международных соглашений, однако в них участвует ЕС, большинство стран СНГ, в первую очередь Казахстан, Белоруссия и Украина.

В рамках данных Конвенций и Протокола происходит унификация экологического законодательства стран СНГ в части проведения экологической оценки в трансграничном контексте и стратегической экологической оценки, доступа к правосудию, участию в принятии решений по вопросам охраны окружающей среды. Следует отметить, что данный процесс идет не гладко. Основными «нарушителями» указанных Конвенций, особенно Орхусской конвенции, являются как раз страны СНГ (Украина, Казахстан, Белоруссия, Таджикистан и др.), где законодательство и практика его применения часто не соответствуют высоким стандартам.

Президент РФ по итогам заседания Госсовета по экологическим вопросам в июне 2011 г. дал поручение рассмотреть вопрос о присоединении Российской Федерации к Орхусской конвенции, ратификации Конвенции по оценке воздействия в трансграничном контексте и Протокола по стратегической экологической оценке. Анализ указанных международных соглашений свидетельствует о том, что объективно наряду с положительными моментами есть и риски от участия Российской Федерации в указанных международных соглашениях.

Так, после присоединения Российской Федерации к Орхусской конвенции нужно быть готовыми к тому, что к Российской Федерации будут предъявляться постоянные требования об у

недостатков в законодательстве и правоприменительной практике. Указанные риски необходимо минимизировать путем разработки нормативных правовых актов для имплементации положений указанных международных соглашений и формирования правоприменительной практики.

Применительно к межгосударственным объединениям следует отметить Всемирную торговую организацию (ВТО) и Организацию экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). В рамках ВТО ограничены возможности государства по установлению новых экологических требований, которые не должны иметь дискриминационный характер по отношению к зарубежным производителям и поставщикам. В структуре ОЭСР создано и функционирует специальное подразделение по вопросам окружающей среды. Российская Федерация при вступлении в ОЭСР берет на себя обязательства привести свое экологическое законодательство в соответствие с решениями и рекомендациями ОЭСР.

Таким образом, экологическое законодательство, зародившись как отрасль национального законодательства, в настоящее время испытывает сильное влияние процессов глобализации, международных соглашений, межгосударственных объединений. В указанных условиях мы можем наблюдать интереснейший процесс унификации экологических законодательств разных стран, особенно на примере ЕС, СНГ и России.

---

---

---

*Н.М. Бевеликова,*  
кандидат юридических наук  
(ИЗиСП)

## **СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КИТАЯ И РОССИИ**

В современном мире к изучению и взаимному использованию опыта развития национальных законодательных систем и обмену научными идеями интерес возрастает. Ускоряющиеся интеграционные процессы объясняют необходимость обобщения и быстрого развития знаний о сравнительном правоведении. В качестве критерия целенаправленной ориентации в сопоставлениях и оценке параллельно развивающегося законодательства Китая и России следует рассматривать скорость реализации международно-правовых норм в национальном праве. В настоящее время все более отчетливо выявляется общая закономерность обеспечения прозрачности законодательных систем, соответствующих общепринятым международным правилам и способствующих формированию более предсказуемой рыночной среды и расширению внешних связей государств, например в рамках ВТО.

ВТО отличают прежде всего черты, которые составляют существо самой организационной структуры, — это система правил, которым государства обязуются следовать при принятии регулятивных мер во внешнеэкономической деятельности, и построена она на соблюдении норм международного права. Привлекательными являются и цели создания этой системы: ликвидация угрозы возникновения торговых войн и различного рода межгосударственных коллизий. На протяжении как восьмилетнего подготовительного этапа, так и всего 15-летнего переговорного периода, предшествовавшего вступлению в ВТО, Китай поэтапно развивал и активизировал начатую им еще в 1978 г. политику формирования открытой, ориентированной вовне экономики. Политику Китая на современной стадии «выхода вовне» следует рассматривать не только как целенаправленный ответ КНР на вызовы глобализации — присоединение в 2001 г. Китая к ВТО свидетельствует о том, что экономическая реформа в стране перешла на новый этап. Китай сделал важный шаг по пути развития рыночного законодательства и рыночной экономики, выполняя обязательства по реформированию системы законодатель-



ных и нормативных актов, а также системы административных решений<sup>1</sup>.

В ряду основных обязательств, принятых КНР перед ВТО, выделяется: приведение внутреннего законодательства в соответствие с международными нормами стран с рыночной экономикой; соблюдение антидемпинговых принципов ВТО; проведение единой внешнеторговой политики; обеспечение прозрачности экономической политики. В связи с этим КНР с 1991 г. проводит работу по популяризации своего экономического законодательства для иностранных компаний: предоставление в течение трех лет заинтересованным компаниям права на самостоятельную внешнеэкономическую деятельность; соблюдение положений ВТО о государственной торговле; отказ в течение переходного периода от нетарифных мер регулирования внешней торговли; отказ от осуществления экспортных субсидий; предоставление возможности судебного разбирательства заинтересованным сторонам — хозяйствующим субъектам.

Новые акты, такие как Законы КНР «О разработке законодательных актов» и «Об административном лицензировании», а также Положение о процедуре разработки административных положений, предъявили более строгие и конкретные требования к прозрачности правительственных действий. Таким образом, прозрачность, недискриминационный подход и иные принципы ВТО уже стали общепринятыми принципами действующего законодательства в Китае<sup>2</sup>.

Особенностью правовой системы ВТО является то, что ее правовые нормы имеют значительное влияние на национальные правовые системы, в первую очередь на нормы, регулирующие внешнюю торговлю. Более того, нормы и правила ВТО подлежат перенесению в национальное законодательство государств-членов и имеют перед ним приоритет, что создает для внешнеэкономической деятельности единое правовое пространство<sup>3</sup>. В КНР система соответствующего отраслевого законодательства представлена правовым регулированием вопросов валютного режима КНР в зоне приграничной торговли, антидемпинга и антидотаций, в положениях Закона КНР «О внешней торговле». В мировой практике определились пути сближения национального законодательства с правовыми нормами ВТО, одним из которых является российский. Специфика его в том, что сближение российского права и права ВТО обеспечивается сразу по трем направ-

<sup>1</sup> См.: Ли Тешин. Китай и ВТО // Проблемы Дальнего Востока. 2002. № 4. С. 67.

<sup>2</sup> См.: Сборник документов КНР о вступлении в ВТО. Пекин, 2004. Ст. 108.

<sup>3</sup> См.: Ковалев А.А. Международное экономическое право и правовое регулирование международной экономической деятельности. М., 2007. С. 230.

лениям: перенос норм ВТО в российские нормативные правовые акты, отсылка к нормам права ВТО и наличие нормативных правовых актов, изначально не противоречивших нормам ВТО<sup>1</sup>.

С присоединением КНР к ВТО потребовалось привести национальное законодательство Китая в соответствие с многочисленными правилами этой организации, прийти к соглашению с ее руководящими органами и каждым государством-членом в отдельности об условиях присоединения. Кроме того, после преобразования ГАТТ в ВТО в 1995 г. соответствующие переговоры стали проводиться по более широкому кругу вопросов: торговли товарами и либерализация деятельности иностранных компаний в сфере услуг (финансовой, банковской, страховой, дистрибьюторской, сфере информационных технологий, аудиторских и консалтинговых услуг, услуг транспорта и др.). В начале переговорных процессов перед Китаем стояла задача выработки экономически обоснованной стратегии, сочетающей собственные интересы с требованиями ВТО и отдельных государств-членов<sup>2</sup>; одновременно Китай должен был выполнять взятые на себя обязательства: принять меры по снижению таможенных пошлин; упорядочить действующую систему внешней торговли, а также использовать вступление в ВТО как благоприятный шанс для расширения экспорта, контроля импорта, обеспечения стабильных товарных потоков<sup>3</sup>.

11 декабря 2001 г. на министерской конференции в Дохе (Катар) Китай официально присоединился к ВТО и стал 143-м членом этой международной организации<sup>4</sup>. Это оказало сильное воздействие не только на китайскую политику и демократическое строительство, но и на дальнейшее развитие законодательства по совершенствованию системы рыночной экономики. Всесторонняя подготовительная работа в правовой сфере, по разработке и приведению действующих правовых актов в соответствие с требованиями ВТО была развернута на завершающей стадии переговоров КНР с ВТО<sup>5</sup>. Первый шаг в направлении пересмотра законодательных и нормативных актов в сфере внешнеэкономической деятельности был сделан на 40-й сес-

<sup>1</sup> См.: Дюмулен И.И. Всемирная торговая организация. М., 2004. С. 33, 34.

<sup>2</sup> См.: Котляров Н. Присоединение Китая к ВТО (анализ китайско-американских договоренностей) // Мировая экономика и международные отношения. 2003. № 6. С. 14.

<sup>3</sup> См.: Ван Цзысянь. Глава из монографии «Китайская внешнеторгово-экономическая теория идет вперед». Пекин, 2003. С. 142–156.

<sup>4</sup> См.: Документ WT/L/432 23 November 2001 (01-5996).

<sup>5</sup> См.: КНР — ВТО итоги первых лет // Экспресс-информация. Институт Дальнего Востока РАН. 2005. № 2. С. 4–6.

сии Всекитайского собрания народных представителей (ВСНП) в марте 2001 г., когда был рассмотрен уточненный вариант Закона КНР о деятельности предприятий, созданных на основе совместных китайских и иностранных капиталовложений, и когда были аннулированы ранее содержащиеся в этом Законе положения, противоречащие принципам ВТО. Как следствие, с 1 января 2002 г. вступило в действие Положение о регламентации импорта и экспорта товаров, представляющее собой правовую основу комплекса нормативных актов для регламентации импорта и экспорта товаров: Положение об управлении импортом и экспортом товаров, Положение об управлении импортом и экспортом техники, Положение по борьбе с демпингом, Положение по борьбе с субсидиями и Положение об отмене гарантий<sup>1</sup>. К настоящему времени сформирована система законодательных актов, регламентирующих импорт и экспорт товаров, состоящая из законов первого уровня под названием «Законы о внешней торговле», нормативных правовых актов второго уровня — Положения по регламентации импорта и экспорта товаров, правовых актов третьего уровня в виде комплекта ведомственных постановлений. Это свидетельствует о выполнении обязательств, взятых на себя Китаем при вступлении в ВТО<sup>2</sup>.

29 июня 2002 г. на 28-й сессии ПК ВСНП было указано на необходимость как можно скорее разработать законодательные акты в сфере борьбы с монополиями, изменить практику ценообразования, сделать более разнообразными формы собственности, усилить интеграцию национальной экономики в мировую с целью ограничить отраслевую монополию, сделать рынок более открытым, снизить себестоимость продукции, улучшить качество сервиса, повысить уровень хозяйствования на предприятиях. С 1 июля 2004 г. вступила в силу новая редакция принятого в 1994 г. Закона КНР «О внешней торговле», расширяющая возможности национальных отраслей промышленности Китая по защите интересов во внешней торговле. Так, например, право ведения хозяйственной деятельности во внешней торговле получили физические лица при условии соответствующей регистрации и выполнении требуемых законодательством КНР формальностей. Правительство в соответствии с указанным законом принимает меры для поддержания производителя в случае ущемления его прав в рамках внешнеторговой деятельности. При принятии поправок в Закон КНР о проверке импортных и экспортных товаров

<sup>1</sup> Ведомости Государственного Совета КНР. 2002. № 4. С. 26.

<sup>2</sup> См.: Сун Цзэфа. Правила ВТО и реформа систем законодательства КНР. Пекин, 2005. С. 471.

подчеркивалось, что существующая в стране лицензионная система в отношении импортных и экспортных товаров перестала отвечать интересам развития национальной экономики и принципу единообразного подхода к китайским и иностранным предприятиям, закрепленному в соглашении с ВТО<sup>1</sup>.

С 1 мая 2005 г. в Китае вступили в силу новые Правила регулирования возврата (освобождения) налогов при экспорте товаров, введенные Государственным комитетом по налогам и пошлинам в соответствии с новой редакцией Закона о внешней торговле. Основные особенности новых правил — это изменение понятия экспортера, расширение сферы получателей возврата или освобождения от налогов при экспорте (субъекты, специально занимающиеся внешнеэкономической деятельностью, к которым относятся зарегистрированные промышленно-торговые единицы, юридические лица и физические лица, наделенные Министерством коммерции КНР и уполномоченными им организациями правом для осуществления такой деятельности). Предприятия-экспортеры ранее оформляли «регистрационное удостоверение» о возврате налога при экспорте, по новым правилам ими заполняется «подтверждающий лист» о возврате (освобождении) налогов при экспорте товаров. Расширены возможности в приостановлении прав на получение возврата пошлин в отношении недобросовестных экспортеров, которые могут быть лишены этого права на срок более шести месяцев<sup>2</sup>.

В 2005 г. был принят Закон КНР «Об антимонопольной деятельности», направленный на принципиальное изменение методов управления внешнеэкономической деятельностью. С сентября 2004 г. в структуре Министерства коммерции КНР действует Канцелярия по расследованию антимонопольных дел, которая отвечает за международный обмен и работу по расследованию таких дел<sup>3</sup>. В августе 2006 г. ВСНП приняло Закон КНР «О корпоративном банкротстве», который вступил в силу с 1 июня 2007 г. и заменил принятый в 1986 г. Закон «О банкротстве предприятий общенародной собственности». Процедура банкротства негосударственных предприятий осуществлялась на основании Гражданско-процессуального закона КНР и постановлений Верховного Народного Суда. Закон и постановления применялись в опытный порядок и не имели правовых последствий с момента принятия, поскольку в условиях «социалистической рыночной экономики» в КНР и необходимости получения согласия на

<sup>1</sup> См.: Го Цимаой. Международная торговля. Пекин, 1999. С. 10.

<sup>2</sup> См.: <<http://www.russchinatrade.ru/ru/useful-info/cn-foreign-trade-regulation>>.

<sup>3</sup> См.: <<http://www.xinhua.org>>.

банкротство со стороны вышестоящего правительственного органа процедура банкротства применялась редко, а санация государственных предприятий проводилась специально уполномоченным правительственным органом — Государственной комиссией КНР по надзору и управлению государственными активами, в том числе путем акционирования и передачи прав собственности частному капиталу<sup>1</sup>.

С 11 декабря 2006 г. вступили в силу новые Правила по управлению иностранными банками. Статья 13 указанных Правил определяет, что, помимо уже созданных и действующих, не допускается создание новых представительств иностранных банков, кроме как в «районах, отнесенных к районам экономического развития». Статья 31 определяет, что «вклады физических лиц в филиалах иностранных банков должны быть не менее 1 млн юаней» (около 127 тыс. долл.). Народный банк Китая установил норму обязательного информирования всеми банками страны финансовых надзорных органов о фактах единичных сделок физическими лицами на сумму 200 тыс. юаней и более (около 25 тыс. долл.) либо в иностранной валюте на сумму, эквивалентную 10 тыс. долл. и более; юридическими лицами на сумму 2 млн юаней и более (около 250 тыс. долл.) либо в иностранной валюте на сумму, эквивалентную 200 тыс. долл. и более, при переводе денег с депозитных вкладов со счетов физических лиц на сумму 500 тыс. юаней и более (около 64 тыс. долл.), а в иностранной валюте на сумму, эквивалентную 100 тыс. долл. Финансовые надзорные органы также информируются обо всех случаях перемещения физическими лицами через границу денежных средств на сумму, эквивалентную 10 тыс. долл. и более<sup>2</sup>.

В мае 2006 г. Государственная комиссия КНР по контролю за деятельностью фондового рынка опубликовала новые Правила по размещению ценных бумаг на фондовом рынке, согласно которым участник фондового рынка до момента начала размещения ценных бумаг на фондовом рынке Китая в предшествующие 36 месяцев не должен иметь административные взыскания, наложенные указанной Госкомиссией, а в течение трех предшествующих лет должен показать положительную рентабельность. При этом размер размещаемых ценных бумаг и акций не должен быть менее 30% средней величины прибыли за предшествующие три года<sup>3</sup>.

Государственное регулирование внешнеторговой деятельности в Российской Федерации с самого начала проведения реформ осуше-

<sup>1</sup> См.: Сборник документов КНР о вступлении в ВТО. Пекин, 2004. Ст. 108.

<sup>2</sup> См.: Разъяснение документов о присоединении КНР к ВТО. С. 3.

<sup>3</sup> См.: <[http:// www.xinhua.org](http://www.xinhua.org)>.

ствлялось весьма интенсивно и даже, как принято считать, опережая другие сектора экономики. Современное российское регулирование внешнеторговой деятельности базируется на Федеральном законе от 8 декабря 2003 г. № 164 «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»<sup>1</sup>, который вступил в силу 18 июня 2004 г. и определяет основы государственного регулирования внешнеторговой деятельности, полномочия Российской Федерации и субъектов Российской Федерации в области внешнеторговой деятельности в целях обеспечения благоприятных условий для внешнеторговой деятельности, а также защиты экономических и политических интересов Российской Федерации. В п. 4 ст 2 Закона предусмотрено, что внешнеторговая деятельность — это деятельность по осуществлению сделок в области внешней торговли товарами, услугами, информацией и интеллектуальной собственностью.

Специальные области внешнеторговой деятельности, порядок применения названных в указанном Законе методов регулирования входят в сферу действия специальных законов Российской Федерации. К этой сфере отнесено регулирование введения специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мер при импорте товаров для защиты экономических интересов российских производителей товаров. Развитию правового регулирования, направленного на защиту внутреннего рынка, способству ет Федеральный закон от 8 декабря 2003 г . № 165-ФЗ «О специальных, защитных, антидемпинговых и компенсационных мерах при импорте товаров»<sup>2</sup>.

Общепризнанно, что в условиях ограничения административных методов регулирования в международной торговле основная роль в защите внутреннего рынка признается и за техническим регулированием, осуществляемым согласно Федеральному закону от 27 декабря 2002 г. № 184-ФЗ «О техническом регулировании»<sup>3</sup>, вступившему в силу 27 июня 2003 г. и разработанному в целях обеспечения соответствия норм и стандартов положениям Соглашения ВТ О «О технических барьерах в торговле» в России. Т ак, например, данным Законом установлены принципы недопустимости чрезмерных препятствий предпринимательской деятельности, прежде всего внешнеторговой (п. 2 ст. 7, абз. 5 ст. 12, абз. 4 ст. 18), национального режима (п. 2 ст. 15, п. 2 ст. 17, п. 2 ст. 19), опоры на международные стандарты (п. 8 ст. 7, абз. 4 п. 9 ст. 7, абз. 4 ст. 12), положение о признании иностранных документов о подтверждении соответствия (ст. 30).

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4850.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4851.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2002. № 52 (ч. 1). Ст. 5140.

Закон позаимствовал в Соглашениях ВТО классификацию мер технического регулирования, которое осуществляется путем принятия обязательных к исполнению технических регламентов и добровольных к исполнению стандартов. Такое разделение не соответствует определениям, принятым в рамках ISO/IEC<sup>1</sup>, но вполне укладывается в определения, закрепленные Соглашением ВТО о технических барьерах в торговле.

Для создания эффективной системы защиты прав и законных интересов участников рынка ценных бумаг были внесены поправки в Федеральный закон от 5 марта 1999 г. № 46-ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг»<sup>2</sup>, в Уголовный кодекс РФ (в части у силения уголовной ответственности за преступления на рынке ценных бумаг)<sup>3</sup>. В целях у силения защиты прав акционеров были внесены поправки в Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»<sup>4</sup>, согласно которому акционеры стали вправе отчуждать принадлежащие им акции без согласия других акционеров и общества.

В ряде случаев нормы российского права не требуют значительных изменений, так как уже соответствуют нормам ВТО. Примером может служить Закон РФ от 21 мая 1993 г. № 5003-1 «О таможенном тарифе»<sup>5</sup>. Соглашение ВТО о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) делает отсылку к основным международным конвенциям в этой сфере — Парижской, Бернской, Римской конвенциям, в которых участвует Россия, и Вашингтонскому договору 1989 г.<sup>6</sup> Значительное число норм ВТ О уже продублировано в российских законах, и с присоединением России к ВТ О возникает даже определенная избыточность правового регулирования, дублирование норм в национальных и международных источниках, хотя в отдельных случаях имеются и коллизии.

Применение коллизионных норм и иностранного права на территории Китая впервые в истории развития законодательства закреплено в Законе КНР от 28 октября 2010 г. «О применении права к гражданским отношениям с иностранным элементом», вступившем в силу в апреле 2011 г. Эти нормы не являются новаторскими для

<sup>1</sup> ISO/IEC Guide 2: 1991, General Terms and Their Definitions Concerning Standardization and Related Activities, 6th ed.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 1999. № 10. Ст. 1163.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

<sup>4</sup> СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

<sup>5</sup> Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 23. Ст. 821.

<sup>6</sup> См.: Российское гражданское право: учебник. Т. II / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. С. 516.

Китая, поскольку уже были опробованы в правоприменительной практике. Такая ситуация стала возможной из-за существования в КНР особого источника права — правил, устанавливаемых Верховным Народным Судом КНР. Эта особенность правового регулирования в КНР обусловлена организацией ее власти на основе принципа, отличного от принципа разделения властей на три ветви: законодательную, исполнительную и судебную.

Существование такого вида источника национального права вызывает критику со стороны одних китайских ученых и одобрение других. Мы можем соглашаться и не соглашаться с высказываемыми точками зрения, однако правотворчество Верховного Народного Суда КНР, которое более гибко и менее формализовано, оправдано тем, что изменения в законы КНР вносятся достаточно редко. Оно также способствует единообразному применению норм международного частного права на территории КНР, восполнению пробелов в правовом регулировании законодательства и накоплению опыта правового регулирования, который отражен в законах страны. В связи с этим следует обращать внимание на возможные направления совершенствования системы правосудия в Китае в свете не только новых законов, но и инициатив. Так, например, за годы членства в ВТО судебная система Китая постоянно совершенствует судебную защиту интеллектуальной собственности. В Докладе Заместителя Председателя Верховного Народного Суда КНР Цао Зяньмина 18 января 2010 г. отмечалось, что суд, разработав и внеся с 2001 г. поправки в 18 правовых документов, касающихся патентов и товарных знаков, постоянно совершенствует соответствующие стандарты.

Научную полемику по этому вопросу ведут и российские ученые. По теории разделения государственной власти на три ветви при правомерной деятельности задача судебных органов — искать, находить и применять надлежащую правовую норму, а не создавать новое правило поведения, вопреки нормам, воплощенным в Конституции или законах<sup>1</sup>. По мнению А.А. Малюшина, эволюция современного суда в суд правового государства вызывает острую необходимость реформирования суда, требует не только существенного усиления роли и значения судебной практики, совершенствования всего механизма судопроизводства с учетом новых, изменившихся условий и общественных потребностей, но и признания, узаконения судебного правотворчества, явно пробивающего себе путь во всей прак-

<sup>1</sup> См.: *Единин Б.А.* О допустимости судебного правотворчества // Юрист. 2004. № 11.



тике судебной деятельности<sup>1</sup>. И.В. Шульга высказывается за необходимость наделения суда нормотворческими полномочиями, отмечая, что судебное нормотворчество в рамках государственного механизма, построенного на основе разделения властей, не просто возможно, но необходимо. В связи с этим особое значение приобретает вопрос о том, в каком объеме и качестве оно должно существовать, с тем чтобы гармонично вписаться в систему разделения властей<sup>2</sup>.

Ученые все больше склоняются к мысли о необходимости наделения суда возможностью правотворчества. Как представляется, чтобы разобраться в этом непростом вопросе, следует обратиться к ст. 10 Конституции РФ, передумывающей, что государственная власть осуществляется на основе ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную, и реализация данного принципа предполагает необходимость установления определенных ограничений взаимовлияния и вмешательства самостоятельных и независимых органов законодательной и судебной власти в сферу деятельности друг друга.

В правовой системе КНР не исключено правотворчество судов, имеющих основной целью примирение сторон. Как свидетельствует мировая практика, медиация — это эффективный, быстрый и мирный способ разрешения спора, который позволяет не только соблюсти интересы спорящих сторон, но и сохранить их отношения на будущее. Определенность в правовом регулировании этих проблем в Китае дает Закон КНР от 18 апреля 2010 г «О медиации», перспективность успешной реализации которого для совершенствования работы китайских судов сомнений не вызывает. Указанный Закон призван содействовать урегулированию споров путем проведения примирительных процедур, направленных на достижение соглашения между сторонами и способствующих поддержанию делового сотрудничества и формированию этики делового оборота.

В силу своей специфики интерес к вопросу примирения сторон, особенно для правосудия в сфере экономики, рассматривается в отечественной юридической литературе давно. У отдельных ученых сложилось убеждение, что улучшение качества работы судов напрямую зависит от снижения нагрузки на судей, а это, в свою очередь, достигается за счет широкого внедрения альтернативных механизмов

<sup>1</sup> См.: *Малюшин А.А.* Проблемы судебного правотворчества // Российский судья. 2008. № 1. С. 38.

<sup>2</sup> См.: *Шульга И.В.* Нормотворчество российских судов и теория разделения властей // Научные труды РАЮН. Вып. 8: в 3 т. Т. 1. М., 2008. С. 598–603.

разрешения правовых конфликтов. Основные принципы проведения процедуры урегулирования споров с участием медиаторов, требования к лицам, желающим ими стать, и организациям, осуществляющим деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, порядок заключения и исполнения соглашений о применении и о проведении такой процедуры определяет Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»<sup>1</sup>.

Отметим, что институт разрешения споров с участием посредника, известный как медиация, появился более 50 лет назад в США и за прошедшее время утвердился не только там, но и в Канаде, Германии, Австрии, во Франции, в Великобритании и многих иных странах. При этом существует значительный положительный зарубежный опыт применения процедуры медиации. Следует выделить в связи с этим, что Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) 24 июня 2002 г. был принят Типовой закон «О международной коммерческой согласительной процедуре», в котором установленные в ч. 4 и 5 ст. 5 требования о независимости и беспристрастности медиатора являются сущностными принципами медиации<sup>2</sup>.

На актах ЮНСИТРАЛ базируется и законодательство о международном коммерческом арбитраже большинства стран мира. Международный характер и сбалансированность большинства формулировок ЮНСИТРАЛ закрепляют важнейшие принципы третейского разбирательства коммерческих споров и определяют соответствующий правовой механизм регулирования в этой области на национальном уровне.

В специальной юридической литературе все чаще отмечается важность системного и комплексного исследования примирительного разбирательства и международных коммерческих споров. Действительно, в условиях глобализации, когда международный обмен товарами и услугами становится все более масштабным, переоценить деятельность международного коммерческого арбитража в разрешении споров, возникающих в области внешнеэкономических связей, нелегко. Данный вид арбитража признается в настоящее время наиболее эффективным способом разрешения споров в области международных коммерческих отношений, а его привлекательность для компаний и предпринимателей разных стран, включая инвесторов,

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4162.

<sup>2</sup> См.: Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О международной коммерческой согласительной процедуре». Принят Комиссией ООН по праву международной торговли 17–28 июня 2002 г. // Третейский суд. 2003. № 1. С. 127–137; № 2. С. 132–140; № 3. С. 133–139.

связана с его нейтральностью, предсказуемостью, эффективностью процедуры разрешения споров и признанием результатов этой процедуры в подавляющем большинстве государств — участников международного хозяйственного обмена.

Преимущества международного коммерческого арбитражного процесса по сравнению с рассмотрением предпринимательских споров международного характера в национальном суде государств относятся как к самой процедуре разбирательства, которая специально сконструирована для эффективного разрешения коммерческих споров между компаниями из разных стран, обладает необходимой гибкостью, предусматривает участие сторон в формировании состава арбитража, разрешающего спор, так и к соответствующим процессуальным результатам, которые являются окончательными решениями и исполняются в большинстве стран мира.

Китай сегодня представляет собой государство, где два строя, три правовые семьи и четыре правовые системы<sup>1</sup>. При этом как в материковом Китае, так и в Гонконге (Сянганский особый административный район КНР), Макао (Аомэньский особый административный район КНР) и Тайване правовые системы различны<sup>2</sup>. Так, Сянган имеет своеобразную систему общего права, а Аомэнь и Тайвань — особую континентальную систему права. В настоящее время материковый Китай, Сянган и Аомэнь воссоединены, но в каждом из регионов «Большого Китая», учитывая Тайвань, свое, весьма отличающееся правовое регулирование вопросов международного коммерческого арбитража, включая и регламентацию исполнения иностранных арбитражных решений. Следует выделить главное: материковый Китай, Сянган, Аомэнь и Тайвань стремятся к нормативно-правовому регулированию международного коммерческого арбитража в соответствии с международными стандартами. Основанное на международных стандартах регулирование процедуры международного коммерческого арбитражного разбирательства и процесса исполнения арбитражных решений может быть успешно интегрировано в правовые системы, базирующиеся на различных традициях.

Таким образом, нормы международных организаций и межгосударственных объединений выступают как своего рода общий знаменатель, как критерий и ускоритель сближения национальных право-

<sup>1</sup> См.: Хуан Цзинь. Исследование о межрегиональных правовых вопросах в Китае. Пекин, 2001. С. 4.

<sup>2</sup> Политическая система и право КНР в процессе реформ 1978–2005 годов / под ред. Л.М. Гудошников. М., 2007.

вых систем<sup>1</sup>. Как отмечалось, одним из важных направлений возможного совершенствования правового регулирования международного коммерческого арбитража является его адаптация к новеллам Типового закона, одобренным ЮНСИТРАЛ в 2006 г. в части положений об обеспечительных мерах при международном арбитражном разбирательстве и о форме арбитражного соглашения с учетом сближения соответствующего законодательного регулирования на уровне, обеспечивающем эффективное рассмотрение споров и исполнение арбитражных решений. Так, доктрина автономности арбитражного соглашения, которая общепризнанна в международном праве и внутреннем праве подавляющего числа государств мира, все в большей мере воплощается в законодательстве Китая. Арбитражное соглашение в Китае может быть признано недействительным лишь в ограниченных случаях — если в нем будут обнаружены пороки воли (заблуждение, обман и др.), нарушения требования закона к содержанию и форме заключенного арбитражного соглашения; в иных же случаях законодательство гарантирует признание арбитражного соглашения. Успешное практическое функционирование международных арбитражных институтов и их востребованность со стороны хозяйствующих субъектов, а также действенность механизма исполнения таких решений органами государственного правосудия могут иметь место в рамках различных социально-экономических и политических систем.

Институт международного коммерческого арбитража в четырех регионах Китая находится в состоянии активного развития — в условиях глобализации перед ними стоят актуальные задачи интернационализации и модернизации. Лучшим по уровню нормативного регулирования является Положение Сянгана «Об арбитраже», немного уступает ему Специальный порядок Аомэня «О зарубежном коммерческом арбитраже». Создатели данных правовых актов старались максимально учесть положения Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, а также наиболее адаптированные зарубежные аналоги. Безусловно, реализация задачи совершенствования правового регулирования международного коммерческого арбитража отличается в указанных китайских регионах, поскольку различны как уровень, так и характер действующего регулирования. По распространенности арбитражного способа разрешения коммерческих споров дальше всех

---

<sup>1</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996.

ушли Сянган и Аомэнь, приняв современные законодательные правила, но принятые в Тайване и в материковом Китае законы об арбитраже ожидают корректировки, с тем чтобы обеспечить соответствие его положений современным международным стандартам, в частности Типовому закону ЮНСИТРАЛ.

Полноценные механизмы контроля и содействия в сфере международного коммерческого арбитража со стороны государственных судебных органов реализуются во всем «Большом Китае», что позволяет в целом эффективно добиваться признания и принудительного исполнения арбитражных решений. Адекватно определены и судебные инстанции для рассмотрения вопросов признания и принудительного исполнения решений. Так, в КНР инстанцией для первоначального рассмотрения вопросов исполнения международных арбитражных решений являются суды среднего звена, что, в частности, позволяет обеспечить специализацию судей и не допускать неправомерного отказа с их стороны в исполнении решений. В России соответствующие обеспечительные меры принимают Международный коммерческий арбитраж и Государственный арбитражный суд на основании действующего Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»<sup>1</sup>. Указанный Закон также был разработан в соответствии с основными положениями Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г., что прямо подчеркивается в его преамбуле. Так, на территории Российской Федерации функционируют два институциональных арбитража, задачей которых является разрешение международных коммерческих споров: Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ и Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате РФ. Оба самостоятельных, постоянно действующих арбитражных учреждения функционируют на основании Положений, содержащихся в приложениях к Закону № 5338-1, и выступают в качестве правопреемников существовавших ранее арбитражных органов: Внешнеторговой арбитражной комиссии и Морской арбитражной комиссии при Всесоюзной торговой палате соответственно.

Особенность российского Закона состоит в том, что п. 5 ст. 1 воспроизводит норму ч. 4 ст. 15 Конституции РФ о приоритете действия международных договоров в области международного коммерческого арбитража перед национальным законодательством, а иные особенности рассматриваемого закона обусловлены теми положениями

---

<sup>1</sup> Ведомости СНГ и ВС РФ. 1993. № 3. С. 1240.

указанного Типового закона, которые его разработчики оставили на усмотрение национального законодателя.

Необходимо отметить, что наиболее существенным аспектом юридической природы этого арбитража выступает его негосударственный характер, что позволяет отличить его от государственного суда. Прежде всего, это третейский суд, компетентный рассматривать спор только в случае наличия арбитражного соглашения между спорящими сторонами, в случае явно выраженного согласия обеих сторон. Суд — это орган судебной системы государства, наделяемый компетенцией в силу прямого указания закона, а не в силу соглашения сторон<sup>1</sup>.

Особенно рельефно различие в юридической природе этих юрисдикционных органов проявляется в тех случаях, когда согласительного характера арбитража недостаточно для решения отдельных процессуальных вопросов. Здесь налицо прямая зависимость арбитража от государственного суда, которая выражается в законодательном закреплении за арбитражем права обращаться к суду в определенных ситуациях. Полагаем необходимым выделить то, что в настоящее время российское законодательство не регламентирует признание и приведение в исполнение обеспечительных мер органов международного коммерческого арбитража, вынесенных за рубежом.

Вместе с тем особое значение имеет позиция Президиума ВАС РФ, выраженная в информационном письме от 7 июля 2004 г № 78: «определения иностранных судов о применении обеспечительных мер (как предварительных, так и обеспечения иска) не подлежат признанию и принудительному исполнению на территории Российской Федерации, поскольку не являются окончательными судебными актами по существу спора, вынесенными в состязательных процессах».

Учитывая возрастающую роль международного коммерческого арбитража при разрешении внешнеэкономических споров, представляется справедливым мнение И.О. Хлестовой о целесообразности ввести особый режим для признания и приведения в исполнение решений органов международного коммерческого арбитража, вынесенных за рубежом, что позволит в большей степени учесть интересы сторон третейского разбирательства и обеспечить реальную возможность исполнения будущего решения третейского суда<sup>2</sup>. Это касает-

---

<sup>1</sup> См.: *Ертылева Н.Ю.* Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы теории и практики // Арбитражный и гражданский процесс. 2002. № 1.

<sup>2</sup> См.: *Хлестова И.О.* Типовой закон о международном торговом арбитраже и российский закон о международном коммерческом арбитраже: общее и особенное // Журнал российского права. 2011. № 6.

ся влияния международного права не столько на сферу национального права, сколько на его обеспечение. А тенденции усиления международно-правового обеспечения правовых принципов и институтов, которые являются общепризнанными, уже заметны.

В силу этих тенденций общеправового развития законодательства Китая и России и становятся похожими, и продолжают сохранять свои особенности. Их изучение становится более масштабным и увлекательным в сравнительно-правовом измерении, которое показывает, что новые общепризнанные императивы права могут опираться на национальные правовые системы из-за их универсализации.

Научное издание

**МЕТОДОЛОГИЯ  
СРАВНИТЕЛЬНОГО  
ПРАВОВЕДЕНИЯ**

**Материалы  
научной конференции**

(Москва, 5 декабря 2011 г.)

Оригинал-макет подготовлен  
Юридической фирмой «КОНТРАКТ»

Подписано в печать 14.05.2012.  
Формат 60×90/16. Бумага офсетная. Гарнитура NewtonС.  
Печать офсетная. Усл. печ. л. 10,5. Уч.-изд. л. 12,0.  
Тираж 500 экз. Заказ №

Юридическая фирма «КОНТРАКТ»  
113035, Москва, ул. Садовническая, д. 74, стр. 1  
Тел./факс: (495) 953-04-44, 953-16-77  
E-mail: hinchukv@mail.ru

Институт законодательства и сравнительного правоведения  
при Правительстве Российской Федерации