



Statut Publishers

ИЗДАТЕЛЬСТВО СТАТУТ

Майдан Сулейменов

ПРАВО КАК СИСТЕМА


СТАТУТ
МОСКВА 2016

УДК 340.116
ББК 67.022.15
С 89

Сулейменов М.
С 89 **Право как система.** — М.: Статут, 2016. — 360 с.

ISBN 978-5-8354-1278-5 (в пер.)

В монографии дается понимание права и системы права, предмета и метода правового регулирования как критериев разграничения отраслей права, раскрываются понятия структуры права (главной и вторичной), основных и комплексных отраслей права, правового института в системе права.

Книга предназначена для научных работников, преподавателей, магистрантов и студентов юридических учебных заведений, судей, адвокатов, юрисконсультов и других практических работников, а также для всех интересующихся проблемами права.

УДК 340.116
ББК 67.022.15

ISBN 978-5-8354-1278-5

© Сулейменов М., 2016
© Ем В.С., вступ. слово, 2016
© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2016

ОБ АВТОРЕ И ЕГО КНИГЕ

Издательство «Статут» уже знакомило своих читателей с творчеством доктора юридических наук, профессора, академика Национальной академии наук Республики Казахстан Майдана Кунтуаровича Сулейменова. В 2006 г. были изданы его избранные труды по гражданскому праву¹. Книга нашла отклик у читателей. Что самое отрадное, она цитируется не только в научных исследованиях высокого уровня, но, как свидетельствует мой преподавательский опыт, также и в исследованиях студентов МГУ им. М.В. Ломоносова, что говорит о серьезном познавательном потенциале изданных избранных трудов. В предисловии к той книге я и профессор Е.А. Суханов подробно описали жизненный и творческий путь Майдана Кунтуаровича. За прошедшие годы им, неустанным тружеником науки, написаны десятки новых статей и несколько монографий, при его участии изданы фундаментальные учебники по гражданскому праву Казахстана. Естественно возникает вопрос: почему из всех этих трудов М.К. Сулейменова для настоящего издания выбрана его монография «Право как система»?

Объяснения этому кроются в следующем. Все крупные ученые калибра Майдана Кунтуарович Сулейменова рано или поздно сталкиваются с общетеоретическими и философскими вопросами о месте и роли всего гражданского права, его институтов в правовой надстройке, об их взаимосвязи с другими отраслями права и иными институциональными правовыми образованиями. В этом он повторяет путь своего учителя — выдающегося российского профессора Раисы Осиповны Халфиной. Раиса Осиповна в начале 50-х годов прошлого столетия осуществила фундаментальные исследования договора в социалистическом гражданском праве и договора в английском праве², она была автором глубоких работ по многим иным вопросам гражданского права. В 1974 г. из-под ее пера вышло произведение, ставшее классическим для теоретиков права, — «Общее учение о правоотношении», выпущенное в свет издательством «Юридическая литература».

Все происходит не случайно — логика, диалектика развития мышления ведут серьезного ученого юриста от осмысления позитивного права, его институтов к их теоретическому и философскому осмыслению, что в свою очередь неизбежно ставит перед ним вопросы, что такое право, какова его система, каково соотношение права и закона,

¹ Сулейменов М.К. Избранные труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2006.

² Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Изд-во Акад. наук СССР, 1954; Она же. Договор в английском гражданском праве. М.: Изд-во Акад. наук СССР, 1959.

каково соотношение права с иными формами должного, и иные не менее сложные вопросы. Данная диалектика является следствием гносеологической неисчерпаемости права как социокультурного феномена. Собственно, почти об этом же слова Майдана Кунтуаровича из введения к публикуемой монографии: «Все последующие годы я не занимался специально вопросами системы права, однако при исследовании разных проблем частного права я все время наталкивался на этот вопрос и пытался его решить различными способами. В результате у меня сложилась определенная концепция. Я думаю, пришло время изложить ее более или менее связно».

Следовательно, монография «Право как система» есть квинтэссенция общетеоретических взглядов Майдана Кунтуаровича Сулейменова. Но общетеоретические знания о праве, его системе и структуре транснациональны и имеют общечеловеческую ценность. Они весьма актуальны для современной российской науки и законодательных органов. Ведь любой мало-мальски просвещенный российский юрист может указать на десятки противоречий в больших и малых вопросах в параллельно действующих законодательных актах. Подобные противоречия — результат забвения законодателем той простой истины, что право как системное явление, как единая целостность должно быть внутренне структурированным, непротиворечивым и только при соблюдении названных условий оно может быть эффективным. Для достижения всего этого законодателю необходимо опираться на фундаментальные теоретические основы, созданные наукой. Именно о них идет речь в монографии «Право как система», что говорит о ее практической значимости и весомости аргументов в пользу ее выбора для настоящего издания.

Значимость теоретических выводов Майдана Кунтуаровича Сулейменова о системе права, его структурных составляющих: отраслях права, правовых институтах — обусловливается тем обстоятельством, что правовая система современного Казахстана создана при его непосредственном участии, а развитие частного права в республике обязано во многом его неустанной научной, педагогической, экспертной и организационной деятельности. То есть теоретические выводы, содержащиеся в издаваемой монографии, опираются на человеческий, научный, педагогический и законотворческий опыт Майдана Кунтуаровича. Они были сформулированы им в 2011 г.¹ Но с того времени в правовой системе Казахстана произошли воистину тектонические, возможно, исторически значимые сдвиги.

¹ Сулейменов М. Право как система: Монография. Алматы: Юрид. фирма «Зангер», 2011. 344 с.

7 декабря 2015 г. был принят **Конституционный закон Республики Казахстан «О Международном финансовом центре «Астана»**¹. Согласно ст. 2 данного Закона:

1. Целью Центра является формирование ведущего международного центра финансовых услуг.

2. Задачами Центра являются:

1) содействие в привлечении инвестиций в экономику Республики Казахстан путем создания привлекательной среды для инвестирования в сфере финансовых услуг;

2) развитие рынка ценных бумаг Республики Казахстан, обеспечение его интеграции с международными рынками капитала;

3) развитие в Республике Казахстан рынка страховых, банковских услуг и рынка исламского финансирования;

4) развитие финансовых и профессиональных услуг на основе наилучших международных практик;

5) приобретение международного признания как финансового центра.

3. Деятельность Центра основывается на следующих принципах:

1) эффективности деятельности участников Центра;

2) прозрачности деятельности Центра и его участников;

3) добросовестности участников Центра;

4) профессионализме участников Центра в оказании финансовых услуг;

5) применении в деятельности участников Центра международных стандартов и лучших международных практик.

4. Регулирование Центра осуществляется в соответствии с принципом независимости Центра и его участников.

В ст. 4 Закона устанавливается:

1. Действующее право Центра основывается на Конституции Республики Казахстан и состоит из:

1) настоящего Конституционного закона;

2) **не противоречащих настоящему Конституционному закону актов Центра, которые могут быть основаны на принципах, нормах и прецедентах права Англии и Уэльса и (или) стандартах ведущих мировых финансовых центров, принимаемых органами Центра в пределах предоставленных настоящим Конституционным законом полномочий;**

3) действующего права Республики Казахстан, которое применяется в части, не урегулированной настоящим Конституционным законом и актами Центра.

¹ URL: <http://online.zakon.kz>

2. Порядок разработки, регистрации, введения в действие, опубликования, внесения изменений, дополнений, а также прекращения действия актов Центра определяется постановлениями Совета по управлению Центром.

3. Органы Центра вправе принимать акты, которые регулируют возникающие между участниками Центра и (или) органами Центра и (или) их работниками:

- 1) гражданско-правовые отношения;
- 2) гражданско-процессуальные отношения;
- 3) финансовые отношения;
- 4) административные процедуры.

Органы Центра в случаях, прямо предусмотренных настоящим Конституционным законом, принимают акты, регулирующие отношения, не предусмотренные частью первой настоящего пункта.

В целях обеспечения национальных интересов Республики Казахстан и исключения условий для возникновения угроз национальной безопасности Республики Казахстан актами Центра могут устанавливаться отдельные ограничения для участников Центра.

4. Если международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в настоящем Конституционном законе, то применяются правила международного договора.

Согласно ст. 13 Закона, озаглавленной «Суд Центра», говорится:

1. Судебное рассмотрение споров, предусмотренных пунктом 4 настоящей статьи, осуществляется только судом Центра, который имеет своей целью защиту прав, свобод и законных интересов сторон, обеспечение исполнения действующего права Центра.

2. Суд Центра независим в своей деятельности и не входит в судебную систему Республики Казахстан.

3. Суд Центра состоит из двух инстанций: суд первой инстанции и апелляционный суд.

4. Суд Центра не осуществляет уголовное и административное судопроизводство и обладает исключительной юрисдикцией в отношении:

- 1) рассмотрения и разрешения споров, возникающих между участниками Центра, органами Центра и (или) их иностранными работниками;
- 2) рассмотрения и разрешения споров, касающихся любой операции, осуществленной в Центре и подчиненной праву Центра;
- 3) рассмотрения и разрешения споров, переданных суду Центра по соглашению сторон.

5. Суд Центра в своей деятельности руководствуется постановлением Совета «О суде Международного финансового центра «Астана», которое

должно быть основано на процессуальных принципах и нормах Англии и Уэльса и (или) стандартах ведущих мировых финансовых центров.

Постановлением Совета «О суде Международного финансового центра «Астана» определяются состав суда, порядок назначения и освобождения судей и других должностных лиц суда от должности, квалификационные требования к судьям и должностным лицам суда и другие вопросы, касающиеся функционирования суда Центра.

6. Суд Центра при разрешении споров руководствуется действующим правом Центра, а также может учитывать вступившие в законную силу решения суда Центра по конкретным спорам и вступившие в силу решения судов других юрисдикций общего права.

7. Решения апелляционного суда Центра являются окончательными, не подлежат обжалованию и обязательны для всех физических и юридических лиц.

8. Исполнение решений суда Центра в Республике Казахстан осуществляется в том же порядке и на тех же условиях, что и исполнение решений судов Республики Казахстан. При этом должен быть обеспечен перевод решений суда Центра на казахский или русский язык в порядке, определенном актами Центра.

9. Исполнение решений судов Республики Казахстан на территории Центра осуществляется в соответствии с законодательством Республики Казахстан

10. Суд Центра обладает исключительной компетенцией по толкованию норм актов Центра.

В полном соответствии с логикой Закона в его ст. 19 и 20 закрепляется, что судопроизводство в Центре ведется на английском языке, по заявлению сторон с переводом на казахский или русский языки, что все сделки участников Центра, совершаемые в письменной форме на территории Центра, излагаются на английском языке, если иное не определено соглашением сторон, и что сделки, в которых одной из сторон является участник Центра, совершаемые в письменной форме, излагаются на английском либо на казахском или русском языках.

Возможно, что-то подобное положениям Конституционного закона Республики Казахстан «О Международном финансовом центре «Астана» появится и в российской действительности. И поэтому российской общественности будет небезынтересна реакция и оценка научной юридической элиты Казахстана, в том числе и Майдана Кунтуаровича Сулейменова, на этот закон и нормы, заложенные в нем.

В 2015 г. был принят Предпринимательский кодекс Республики Казахстан, который вступил в силу с 1 января 2016 г. Предмет ведения данного Кодекса обозначен как «общественные отношения, возникающие в связи с взаимодействием субъектов предпринимательства

и государства»¹. Таким образом, в законодательной практике современного Казахстана получила практическое воплощение теория предпринимательского права как комплексной отрасли права.

Указанные законодательные новеллы потребуют теоретического осмысления. На это нужно время. Поэтому следует приветствовать решение Майдана Кунтуаровича не вносить в спешке какие-либо коррективы в издание 2011 г., оставить его в неизменном виде.

Публикуемая монография во многом отражает позитивистскую теорию разграничения права на две сферы: частное и публичное, — в которых существуют в определенной взаимосвязи и отрасли права — основные и комплексные, которые в свою очередь включают в свою структуру основные и комплексные институты. С подобной концепцией автора можно спорить, не соглашаться, но при этом следует учитывать, что для доказывания обратного необходимо освоение бесчисленных литературных источников по общей теории права, по юридическим отраслевым наукам, социологии, теории систем, знание которых блестяще продемонстрировано Майданом Кунтуаровичем.

Издание монографии Майдана Кунтуаровича Сулейменова имеет своей целью также ликвидацию создавшегося изоляционизма юридических наук стран, возникших на постсоветском пространстве.

Владимир Ем

¹ URL: http://online.zakon.kz/m/Document/?doc_id=38259854. Майдан Кунтуарович был ярким противником принятия этого Кодекса, хотя в монографии поддерживал теорию существования комплексных отраслей права.

ПРЕДИСЛОВИЕ К РОССИЙСКОМУ ИЗДАНИЮ

Когда мой друг и коллега, замечательный ученый и талантливый организатор Владимир Саурсеевич Ем, предложил мне переиздать в издательстве «Статут» книгу «Право как система» (Алматы: Юридическая фирма «Зангер», 2011. 344 с.), я с радостью согласился. Но потом задумался, ведь с момента ее издания прошло шесть лет. За это время многое изменилось, в частности было принято много законов, опубликованы новые книги.

Можно назвать, например, книгу Т.В. Кашаниной «Структура права» (М.: Проспект, 2013. 584 с.). Я не согласен со многими положениями этой монографии. Вряд ли можно согласиться, например, с определением договора как общеправовой категории и как источника права.

Много литературы опубликовано по отдельным отраслям права (основным и комплексным), о которых идет речь в этой книге.

Однако после некоторых размышлений я решил отказаться от этой идеи, ибо это была бы уже другая книга и другие идеи.

В концептуальном плане за эти шесть лет для меня ничего не изменилось. Я продолжаю придерживаться тех же научных взглядов, поддерживать те же концепции, высказывать те же идеи. Поэтому я не стал ничего менять и ничего добавлять. Единственным исключением стал небольшой раздел «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан: много шума из ничего», который я поместил в связи с принятием в Казахстане Предпринимательского кодекса.

Я рад, что книга будет издана в России. К сожалению, обмен научной литературой между учеными разных постсоветских республик стремится к нулю. Я приобретаю книги российских авторов во время моих приездов в Москву. Однако книги казахстанских ученых трудно найти даже в Алматы.

К чему это приводит, можно показать на небольшом примере.

В одной из последних командировок в Москву я приобрел книгу Е.В. Сидоровой «Комплексное правовое регулирование: учебник для магистрантов» (3-е изд. М.: Юстиция, 2016. 304 с.) и обнаружил, что многие идеи и выводы в этой книге совпадают с моими. Причем было совершенно очевидно, что автор не знакома с моей книгой, опубликованной в 2011 г. в Алматы. Я разыскал ее адрес и отправил ей свою книгу. В ответном письме она высказала громадное сожаление, что не была знакома с моей книгой во время написания монографии. Это позволило бы ей скорректировать ее научные взгляды.

Так что я хочу еще раз выразить благодарность издательству «Статут» и его организатору и бессменному научному руководителю В.С. Ему

за публикацию этой книги и выразить надежду, что они продолжат благородное дело по популяризации научных исследований ученых постсоветских стран в России.

**Директор НИИ частного права Каспийского университета,
академик Национальной академии наук
Республики Казахстан, доктор юридических наук,
профессор М.К. Сулейменов**

ВВЕДЕНИЕ

Вопросами системного подхода я стал интересоваться довольно давно. Еще в 1975 г. я написал статью «Некоторые аспекты системы права развитого социалистического общества»; 7 июня 1979 г. я сделал на Методологическом семинаре по праву Института философии и права Академии наук Казахстана доклад на тему «Методология изучения структуры правовых связей»; 4 октября 1985 г. на заседании Ученого совета Института философии и права АН КазССР я сделал доклад на тему «Право как система». Структура договорно-хозяйственных связей исследовалась мной в докторской диссертации, которую я защитил в 1980 г.

Это было время бурного расцвета теории систем. Теория систем претендовала на роль метатеории появились даже утверждения, что она способна заменить собой философию. Потом все это постепенно завяло и угасло. Выяснилось, что теория систем не может быть применена как всеобщая теория. Содержание общественных явлений и наук настолько различно, что при попытке применить к ним теорию систем остается голая схема, просто скелет.

Но из теории систем выросло совершенно замечательное явление — системный подход. Это как раз та голая схема, тот каркас, который позволяет сцементировать и определить внутренние взаимосвязи практически любого явления.

Особенно ценно применение системного подхода к таким формализованным явлениям, как право.

Все последующие годы я не занимался специально вопросами системы права, однако при исследовании разных проблем частного права я все время натывался на этот вопрос и пытался его решить различными способами. В результате у меня сложилась определенная концепция. Я думаю, пришло время изложить ее более или менее связно.

На самом деле эта концепция очень проста, и, может быть, именно поэтому я в нее верю. Истинные концепции не могут выглядеть, на мой взгляд, сложно и запутанно, и их всегда можно разложить на элементарные составляющие. Я взял теории и взгляды, которые существуют в юридической литературе много десятилетий и даже столетий, и попытался вычленил из них те самые элементарные составляющие.

Получилась очень простая концепция, которую можно изложить в нескольких предложениях.

Право — система правовых норм. Компонентами системы права являются норма права (первичный элемент), институт, отрасль права и система права в целом. Система права — ограниченное множество

взаимодействующих правовых норм. Структура права — способ связи правовых норм как элементов системы права, внутренняя организация системы права.

В системе права есть два вида иерархии компонентов: иерархия уровней системы (система права в целом — отрасль права — институт права — норма права) и иерархия структур системы (наличие в системе права не одной, а двух и более структур).

Иерархия структур системы позволяет выделить в системе права главную структуру (основные отрасли) права и вторичную структуру (комплексные отрасли) права.

Системообразующим фактором классификации отраслей права в главной структуре является деление права на публичное право и частное право. Публичное право и частное право — это не отрасли права, это правовые сферы, в которых располагаются основные отрасли права. Главным критерием разграничения отраслей в главной структуре права является не предмет, а метод правового регулирования: метод власти-подчинения для публичных отраслей, метод равенства участников отношений — для частноправовых отраслей. Системообразующими отраслями права в сфере публичного права являются административное право, в сфере частного права — гражданское право.

Во вторичной структуре права системообразующим фактором выделения комплексных отраслей является деление права на нормы, регулирующие отношения в той или иной сфере деятельности: экономической (экономическое право), социально-культурной (социально-культурное право), административно-политической (политическое право), экологической (экологическое право).

Экономическое право, социально-культурное право, политическое право, экологическое право — это не отрасли права, это сферы деятельности, в которых формируются комплексные отрасли права (предпринимательское, военное, природоохранное и др.).

Отличительной особенностью комплексных отраслей права является то, что у них нет своего предмета и своего метода правового регулирования. Поскольку данные отрасли права расположены во вторичной структуре права, они используют и предмет, и метод основных отраслей права. Поэтому в комплексных отраслях, как правило, используются и метод власти-подчинения, и метод равенства. В одних комплексных отраслях превалирует метод власти-подчинения, а в других — метод равенства.

В настоящей работе я проанализировал не все, но наиболее важные отрасли права (основные и комплексные) с тем, чтобы показать механизм формирования отраслей права и системы права в главной и вторичной структурах права.

Естественно, я не являюсь специалистом во всех этих отраслях права, поэтому не стремился глубоко проникнуть в ткань той или иной отрасли права, тем более, что меня интересовали такие аспекты проблемы, как место отрасли в системе права и определение ее предмета и метода правового регулирования. При анализе конкретной отрасли права я обычно опирался на исследования одного или нескольких ученых, которые всю жизнь занимались исследованием этой отрасли права и, естественно, прекрасно разбирались во всех нюансах и во всех взглядах на предмет данной отрасли права.

ГЛАВА 1. ПРАВО КАК СИСТЕМА

1.1. ПОНЯТИЕ ПРАВА

Типы правопонимания

Одной из самых спорных и наиболее обсуждаемых проблем в теории права является проблема правопонимания, вопрос о понятии права. Невозможно сосчитать количество теорий, взглядов и точек зрения на понятие права.

Я не собираюсь глубоко углубляться в эту проблему, ибо это потребовало бы специального и фундаментального исследования. Интерес к этому вопросу у меня возник из чисто утилитарных соображений в связи с подготовкой настоящей работы. Чтобы выстроить концепцию системы права, надо сначала понять, что же такое само право, поскольку система права будет различной в зависимости от того, как понимается право.

Этот параграф отражает взгляд цивилиста на проблему правопонимания. Он представляет собой скорее литературный обзор различных взглядов на понимание права. Правда, не скрою, что этот обзор несколько пристрастный, ибо как истинный цивилист (так же, как и представители других отраслевых наук) я являюсь последователем нормативной концепции права. Поэтому красной нитью в работе проводится идея о том, что понимание права как системы норм является наиболее верным и отвечающим интересам развития отраслевых правовых наук, а значит, и всего права.

Теоретики и философы права делают, видимо, полезную работу, выстраивая все более сложные и порой безумные теории (хотя среди этих теорий встречается немало юридических химер, о которых речь пойдет дальше). Но практическое значение (во всяком случае для отраслевых наук) имеет только нормативная концепция права.

В теории права сложилось множество концепций определения права. Среди них можно выделить основные, типичные представления о праве, типы правопонимания. Тип правопонимания определяется, например, как определенный образ права, характеризующий совокупностью наиболее общих теоретических признаков права и наиболее общих признаков практического (ценностного) к нему отношения¹.

По мнению В.С. Нерсисянца, тип правопонимания определяет парадигму, принцип и образец (стволовую модель) юридического

¹ См.: Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. Курс лекций. СПб.: Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. С. 81.

познания права и государства, собственно научно-правовое содержание, предмет и метод соответствующей концепции юриспруденции¹.

В литературе выделяют различные типы правопонимания, но в основном их сводят к трем или двум. Выделяют, в частности: естественно-правовой, этатистский, социологический².

1. **Естественно-правовой подход** (юснатурализм) — один из древнейших вариантов правопонимания. Естественное право понималось как постоянное и жизненное и, подобно совершенным законам природы, такое же совершенное и разумное. Его связывали то с теологическим (божественным) основанием, то с естественными правами и свободами человека, то с неким правовым идеалом, на который необходимо равняться позитивному (государственно установленному) праву.

Несмотря на многообразие концепций юснатурализма (естественного права), они имеют сходство в следующих моментах:

1) естественное право как безусловная ценность, как «хорошее», «настоящее», «правильное» право противопоставляется несовершенному, «плохому», «неправильному» позитивному праву (закону, установленному государством);

2) естественное право понимается как существующее независимо от государства, общества и сознания человека (реифицированная социальная реальность);

3) как явление идеальное и абсолютное естественное право постоянно и неизменно, не подвержено «порче» в рамках любого социального хронотопа³.

Естественно-правовая школа исходила из существования двух систем права — естественного и позитивного права. Позитивное, или положительное, право — это официально признанное право, действующее в пределах границ того или иного государства, получающее выражение в законах или иных правовых актах государственной власти, в том числе в санкционируемых ею обычаях. В отличие от позитивного естественное право проистекает из природы человека, человеческого разума, всеобщих нравственных принципов. Поэтому оно разумно и справедливо, не сковано границами отдельных государств, распространяется на все времена и народы. Оно вечно и неизменно, как вечны и неизменны природа и разум человека⁴.

¹ См.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства: Учебник для юрид. вузов и факультетов. М.: Норма, 2000. С. 27.

² См.: *Поляков А.В.* Указ. соч. С. 82.

³ См.: там же. С. 82–85.

⁴ См.: *Байтин М.И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). 2-е изд. М. ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 24–26.

2. **Этатистский подход** относится к классическому варианту право понимания, сформировавшемуся в рамках классической научной рациональности. Согласно этому подходу право всегда является созданием государства или опосредуется государством и понимается как совокупность норм (правил поведения), установленных или санкционированных государством в форме закона¹.

3. **Социологический подход** возник на излете классического типа научной рациональности (вторая половина XIX в.). Право понимается как социальное явление, отражающее закономерные условия социального бытия и относительно независимое от государства. Право — это не то, что выражено в законе, а то, что реально определяет поведение субъектов, их права и обязанности, воплощаясь в правовых отношениях².

Право должно рассматриваться не иначе как в «действии», в процессе применения, анализа реальных правовых отношений. Несмотря на различные модификации, общее во взглядах юристов-«социологов» на право состоит в том, что все они так или иначе понимают под ним совокупность правовых отношений, возникающих и существующих независимо от норм, сложившийся в жизни «социальный порядок» или «правопорядок» и в конечном счете «фактический образ деятельности» правительства, судов и других государственных органов и его должностных лиц, чиновников³.

Фактически в рамках этого подхода должна, на мой взгляд, рассматриваться концепция так называемого бинарного права, частями которого являются действующая нормативная система (возможная правовая ситуация) и сложившаяся адекватно ей действительная правовая ситуация как фактическое правоотношение субъектов⁴.

В рамках этого подхода, видимо, должна рассматриваться и концепция Б.И. Пугинского, который, обругав позитивистов и обвинив их в неспособности к творческому научному поиску и парализовании научного поиска, заявил, что право — это деятельность. Причем эта деятельность выражается в правовых средствах, основным из которых является договор⁵. Непонятно, правда, каким образом позитивистская теория права могла затормозить развитие исследований о договоре. И если говорить о деятельности, то причем здесь договор, который является просто юридическим фактом (где здесь деятельность?), а не обязательством (правоотношением), в котором и осуществляется деятельность?

¹ См.: Поляков А.В. Указ. соч. С. 85–88.

² См.: Поляков А.В. Указ. соч. С. 79–80.

³ См.: Байтин М.И. Указ. соч. С. 40.

⁴ См.: Черняков А. Бинарное право: Науч. труды «Эдшет». 2001. № 1. С. 128–151.

⁵ См.: Пугинский Б.И. Понимание права с позиций современной цивилистики // Правоведение. 2007. № 6. С. 6–18.

Есть и другие классификации типов правопонимания:

1) нормативное, генетическое и социологическое (функциональное)¹; нормативное, широкое, и подход, основанный на концепции различения права и закона²;

2) нормативное, социологическое и философское³;

3) нормативное, социологическое, естественно-правовое, философское⁴; узко нормативное (нормативное или легистское), социологическое; психологическое, естественно-правовое, синтетическое⁵.

Ограничение деления типов правопонимания тремя видами оставляет в стороне другие многочисленные концепции, которые можно выделить как типы правопонимания. Например, широкое распространение имели такие концепции, как реалистическая теория права (Р. Иеринг), психологическая теория права (Л.И. Петражицкий), марксистская теория права, историческая школа права (Г. Гуго, Г. Пухта, Ф. Савиньи)⁶.

А.А. Матюхин выделяет с точностью до грубой схемы шесть основных подходов к осмыслению политико-правовых реалий: (А) спекулятивно-философский, (В) формально-юридический, (С) исторический (историко-политический и историко-правовой), (Д) социологический, (Е) управленческий (организационно- и социально-управленческий) и, наконец, (F) культурологический⁷.

Во время дискуссии о понятии советского права в 1979 г. было высказано наряду с нормативной концепцией права большое количество различных теорий понятия права, которые не укладывались жестко в какой-либо тип правопонимания. Так, утверждалось, что понятием права охватываются нормы права и правоотношения; нормы права, правоотношения и правосознание; нормы права и субъективные права; нормы права и их применение; нормы права и правопорядок; нормы права, принципы правотворчества, основные права и обязанности граждан; правопорядок; принципы права, нормы права, конкретизи-

¹ См.: Кудрявцев В.Н., Васильев А.М. Право: развитие общего понятия // Советское государство и право. 1985. № 7. С. 5.

² См.: Нерсисянц В.С. Право: многообразие определений и единство понятия // Советское государство и право. 1983. № 10. С. 27.

³ См.: Общая теория права. Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. Нижний Новгород, 1993. С. 112 (автор главы — В.К. Бабаев).

⁴ См.: Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С. 13.

⁵ См.: Ударцев С. Метаправо и правопонимание (о трансформации правопонимания) на новом уровне правового развития // Науч. труды «Эдшет». 2001. № 1. С. 27.

⁶ См.: Байтин М.И. Указ. соч. С. 23–43.

⁷ См.: Матюхин А.А. Государство в сфере права: институциональный подход. Алматы: ВШП «Эдшет», 2000. С. 489.

рующие положения, вырабатываемые судебной, арбитражной и административной практикой, акты применения права и правоотношения; юридическая надстройка определенной общественно-экономической формации; сама общественная жизнь и т.д.¹

В последнее время появились новые концепции правопонимания, которые не вписываются ни в один из трех типов правопонимания:

- 4) инструментальный²;
- 5) либертарно-юридический³;
- 6) коммуникативный⁴;
- 7) институциональный⁵.

На мой взгляд, наиболее обоснованной представляется точка зрения, в соответствии с которой выделяются два типа правопонимания: нормативное и широкое.

Как пишет Д.А. Керимов, все участники дискуссии о понятии права разделились на две основные группы: на тех, кто безоговорочно выступает в защиту традиционного определения права, и тех, кто считает необходимым его уточнение, изменение и развитие. Первая условно именуется группой узконормативного правопонимания, вторая — группой широкого правопонимания⁶.

Оставим в стороне термин «узконормативное». Но в целом Д.А. Керимов прав, говоря о двух типах правопонимания, нормативном и широком⁷. В.С. Нерсесянц также пришел к выводу о существовании и борьбе двух противоположных типов правопонимания, которые условно можно обозначить как юридический (от лат. *jus* — «право») и легистский (от лат. *lex* — «закон») типы правопонимания и понятия права.

Однако в рамках самого юридического (антилегистского) типа правопонимания он выделяет два разных подхода: 1) естественно-правовой подход, исходящий из признания естественного права, которое противопоставляется праву позитивному (сам термин «позитивное право» возник в средневековой юриспруденции); 2) развиваемый им (с позиции общей теории правопонимания) либертарно-юридический

¹ См.: Материалы круглого стола на тему «О понимании советского права» // Советское государство и право. 1979. № 7, 8.

² См.: Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2001.

³ См.: Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: Учебник для юрид. вузов и факультетов. М.: Норма, 2000. С. 27.

⁴ См.: Поляков А.В. Указ. соч.

⁵ См.: Матюхин А. Государство в сфере права: институциональный подход. Алматы: ВШП «Эдшет», 2000.

⁶ См.: Керимов Д.А. Философские основания политико-правовых исследований. М., 1986. С. 154.

⁷ См.: Байтин М.И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). 2-е изд. М.: ООО ИД «Право и государство». 2005. С. 57.

подход, который исходит из различения права и закона (позитивного права) и под правом (в его различении и соотношении с законом) имеет в виду не естественное право, а бытие и нормативное выражение (конкретизацию) принципа формального равенства (как сущности и отличительного принципа права)¹.

Таким образом, практически нет особых отличий указанного подхода от того, который В.С. Нерсесянц доказывал в 1983 г.: то же деление на три типа: легистский, естественно-правовой и либертарно-юридический. Если говорить о двух типах правопонимания, то юридический тип должен быть обозначен как широкий, включающий в себя все концепции, отличающиеся от нормативного типа. Между тем, ограничение широкого типа правопонимания только естественно-правовым и либертарно-юридическим оставляет за пределами типов правопонимания другие концепции, в частности тот же социологический.

Я не буду делать критический анализ различных концепций правопонимания, это не моя задача, и такой цели я перед собой не ставлю. Я хочу только подтвердить, что остаюсь убежденным и последовательным сторонником нормативной концепции права. В связи с этим я поддерживаю те критические оценки, которые делали в юридической литературе относительно широкого понимания права².

Я согласен, например, с утверждением, что само естественное право как нравственные и правовые идеи, принципы, идеалы, пожелания и требования не является правом в юридическом смысле, а представляет собой модель, правосознание, демократические устремления, т.е. ближайшую и необходимую (идейную) предпосылку права. Важная роль в претворении идеалов естественного права в жизнь принадлежит основанному на нем позитивному, или собственно юридическому праву³.

Анализируя многочисленные теории широкого понимания права, я не могу обойти вниманием высказывания некоторых теоретиков права, оценивающих ряд таких теорий, как юридические химеры (юридические псевдоморфозы). Юридическая химера определяется как юридическая конструкция, которая обладает исключительно собственной, большей или меньшей, эстетической привлекательностью и ценностью. Иными словами, химера — это нечто, внешне существующее, но не имеющее реальных оснований для своего существования.

¹ См.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. С. 28–29.

² См., например: *Халфина Р.О.* Что есть право: понятие и определение // Советское государство и право. 1984. № 1; *Мартышин О.В.* О либертарно-юридической теории права и государства // Государство и право. 2002. С. 5–16; *Байтин М.И.* Указ. соч. С. 82–147.

³ См.: *Байтин М.И.* Указ. соч. С. 26.

Это плод рационалистических построений, не имеющий онтологической (т.е. бытийной) основы¹.

Отгалкиваясь от исходных положений статьи Е.Б. Хохлова, И.Ю. Козлихин проанализировал некоторые теории, основанные на философии постмодерна, феноменологии в различных ее видах, герменевтике, синергетике, семиотике и даже математике. В частности, для примера он взял работы А.И. Овчинникова, И.Л. Честнова и А.В. Полякова².

«Где же, по мнению этих авторов, лежит путь к познанию права?» — спрашивает И.Ю. Козлихин. И.Л. Честнов формулирует диалогическую, А.В. Овчинников — герменевтическую концепцию права. И каждый считает свою теорию единственно верной. Нужно сказать, что эта амбициозность не имеет личного характера. Признают это наши авторы или не признают, но воспитанные в традициях отрицаемой ими ныне «единственно верной» марксистско-ленинской общей теории государства и права, они ищут ей адекватную замену. Это занятие бесперспективное³.

Далее, опору, стержень своих рассуждений они находят далеко от правоведения. Это философия, социология, история, литературоведение, культурология и т.д. И.Ю. Козлихин пишет, что он выступает за взаимодействие между науками и взаимное использование достижений. Но он против бессмысленного или даже вредного использования «чужой» терминологии, сложившейся в лоне иных наук и там имеющей свой особый смысл, но теряющей его при переносе на другую почву. Поэтому в результате терминологического «переодевания» получается либо путаница, либо банальность. Выход из тупика, по мнению И.Ю. Козлихина, таков. Следует признать тот очевидный факт, что общая теория права и государства себя изжила. Необходимо развивать самостоятельные юридические науки, имеющие и свой предмет, и свои методы исследования. Это философия права, социология права и догма права. На этом пути, а не на пути «придумывания» новых общих теорий, нас ждет успех⁴.

Я не являюсь специалистом в области теории права и не берусь однозначно определять ценность тех или иных концепций, но количество всевозможных и разноплановых концепций впечатляет. И очень

¹ См.: Хохлов Е.Б. Юридические химеры как проблема современной российской правовой науки // Известия ВУЗов. Правоведение. 2004. № 1. С. 5.

² См.: Овчинников А.И. Правовое мышление в герменевтической парадигме. Ростов-н/Д, 2002; Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна. СПб., 2002; Он же. Методология и методика юридического исследования. СПб., 2004; Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интеграции в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004.

³ См.: Козлихин И.Ю. О нетрадиционных подходах к праву // Правоведение. 2000. № 1. С. 40.

⁴ См.: То же.

важно при этом не плодить число юридических химер. Не оценивая утверждение И.Ю. Козлихина о кризисе в развитии общей теории права и государства, я поддерживаю мнение о необходимости развития самостоятельных наук философии права, социологии права и догмы права. Я считаю, что одними из задач цивилистики являются, в частности, развитие и приспособление к новым условиям догмы права.

Нормативная концепция права

Я хотел бы обратить внимание на то, что практически все концепции широкого понимания права не отрицают нормативности права. Они пытаются расширить пределы понимания права как совокупности норм, присоединяя к нему правоотношение, правосознание, правопорядок, свободу, справедливость и т.п. Однако в основе понимания права лежит все же определение права как совокупности норм.

В частности, В.С. Нерсисянц формулирует определение общего понятия права (правового закона, т.е. позитивного права, соответствующего объективным требованиям права) так: право — это соответствующая требованиям принципа формального равенства система норм, установленных или санкционированных государством и обеспеченных возможностью государственного принуждения¹.

Отличие данной формулы от легистских (позитивистских) заключается в указании на необходимость соответствия системы государственно установленных норм требованиям формального равенства. Только в этом случае система норм будет системой норм права. Здесь определяется отличие права от неправа². Однако в любом случае речь идет о системе норм.

Как отмечает М.И. Байтин, представители широкого правопонимания сейчас, за редким исключением, так или иначе пришли (или приходят) к признанию того, что нет и не может быть права, как бы оно ни понималось, вне и без издаваемых или санкционированных, а также охраняемых государством норм³.

Как пишет С.Г. Дробязко, многие правовые школы признают нормативность права, и тем не менее они не относятся к нормативистскому направлению. Из всех школ диаметрально противоположными являются лишь две: нормативистская и современная американская реалистическая, которая отрицает нормативность права. Все остальные школы в той или иной мере признают нормативность права⁴.

¹ См.: Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства. С. 75.

² Там же.

³ См.: Байтин М.И. Указ. соч. С. 139.

⁴ См.: Дробязко С.Г., Козлов В.С. Общая теория права: Учеб. пособие для вузов. Минск: Амалфея, 2005. С. 47.

Приверженцы широкого правопонимания признают, что «попытки некоторых авторов осудить нормативизм в праве не могли быть успешными, потому что право, как бы его ни понимали, в каких бы терминах ни определяли, всегда и неизменно нормативно. Любая концепция, игнорирующая это обстоятельство, ущербна»¹.

«Юридический позитивизм как дисциплина, изучающая догму права, вырабатывает данные, которые не только — как и данные медицины — крайне необходимы для практической деятельности людей, но и представляют собой исходную основу юридических знаний, которые даже в своем элементарном виде несут значительный интеллектуальный потенциал. Тем более, что без своей исходной (и специфической) объективной основы, без своих незаменимых отправных реалий, выраженных в догме права, и содержащихся в ней интеллектуальных ценностей, никакие действительные юридические знания высокого науковедческого порядка невозможны в принципе, по самой своей сути»².

Характеристика позитивного права в качестве институционного образования (социальной реальности) представляет собой наиболее значимое положение правовой теории из того, что принадлежит к высшим знаниям о праве. Следующая ступень правовых знаний — это уже философия права в строгом и точном значении этого понятия.

В то же время это положение является исходным для всей правовой теории, а также для философии права. Не только догма права (относящаяся к практической юриспруденции и начальным фазам правового обучения, к «азбуке права»), но и теория более высокого, инструментального уровня, научные взгляды на особенности права как институционного образования, его свойства, структуру, функции, словом, вся сумма теоретических знаний о праве, только тогда могут быть признаны истинно научными, когда их фактической основой являются объективные реалии — наличная объективная реальность («жесткий организм»), отличающаяся как внутренняя форма строгими структурными характеристиками³.

Все последние концепции широкого понимания права конструируются как интегративные. Они пытаются объединить различные типы правопонимания, и прежде всего нормативный тип, со всеми остальными типами или со своей концепцией правопонимания.

По мнению А.А. Матюхина, **институциональный подход**, который он считает наиболее перспективным из множества предложенных

¹ См.: Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 33.

² См.: Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2001. С. 29–30.

³ См.: Алексеев С.С. Восхождение к праву. С. 136–137.

в конце XIX — начале XX в. точек зрения различных школ на право, подразумевает соединение социологического и формально-юридического методов рассмотрения, помещаемых в русло традиции классической либеральной философии права. Назвав данную концептуализацию права **либеральным инструментализмом**, автор считает, что она может получить свое развитие за счет перетолкования предложенного представителями философского идеализма понимания идеи права на основе современных культурологических понятий. Это позволило модернизировать понятие правового института так, чтобы оно сочетало качество формально-юридического, социального и культурного (социокультурного) институтов¹.

Я привел эту длинную цитату для того, чтобы, во-первых, изложить хотя бы в общих чертах суть довольно интересной концепции А.А. Матюхина² и, во-вторых, обратить внимание на то, что концепция построена на сочетании формально-юридического и иных подходов.

По мнению О.В. Мартышина, пренебрежительное отношение к нормативистскому определению, утверждение, что это «непритязательное определение прикладного типа», что «его историческое время прошло», беспочвенны. Достоинство любого определения как раз в точности и «приложимости», которыми нормативистская формула, бесспорно, обладает, а не в притязаниях на глубокомыслие. Для России как страны романо-германской правовой семьи, где закон утвердился в качестве доминирующей формы права, — это основное определение. Оно вполне реально, оно работает и никогда не устареет³.

Характерно, что это пишет отнюдь не сторонник нормативной концепции права. Просто О.В. Мартышин пытается совместить различные типы правопонимания. Канонам юридического позитивизма это несколько не противоречит, потому что согласно нормативистской концепции иного права, кроме позитивного, вообще нет. Но с такой оговоркой нормативистское определение вполне устраивает приверженцев теории естественного права и философского понимания права. Оно становится очевидным, бесспорным⁴.

¹ См.: Матюхин А.А. Указ. соч. С. 496.

² Следует отметить, что указанная концепция получила положительную оценку в юридической литературе как чуть ли не единственная в нашем современном правоведении конструктивная попытка уйти от механического суммирования разных понятий права, вычисления «среднего» правопонимания либо приверженности к одному из них при декларативном отрицании или игнорировании зерен истины всех остальных (см.: Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М.: Зерцало-М, 2002. С. 11–12).

³ См.: Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С. 18.

⁴ Там же.

Теория естественного права как учение об идеале общественного развития и философское понимание права как абстракции, математической формулы правовой нормы (право как свобода каждого лица, но при неперменном уважении свободы других лиц) нисколько не противоречит позитивному праву, если оно основывается на позитивном праве и существует только в единстве с ним.

Изменение законодательства происходит во многом благодаря реализации норм естественного права (например, прав человека). Наряду с нормами в современных правовых системах все большую роль играют общие, или фундаментальные, принципы, непосредственно связанные с естественно-правовыми и философскими представлениями о праве. Широко известен институт судов справедливости, совестных судов и т.п. Современные гражданские кодексы предусматривают в случае отсутствия или неясности закона обращение к общим началам и смыслу законодательства, разумности и справедливости¹.

О сближении различных концепций права говорят и представители нормативной концепции правопонимания. В частности, как отмечает М.И. Байтин, различные аспекты и стороны проявления права, его возникновение и действие, принципы и функции, соотношение с правосознанием, правоотношениями, актами применения права и другими правовыми явлениями, входящими вместе с правом и на его основе в правовую систему общества, должны обосновываться и раскрываться с привлечением данных как *нормативного, так и других направлений учения о праве*, включая естественно-правовой, социологический, психологический, культурно-исторический, философский и другие подходы, разные течения широкого правопонимания.

Такое представление о возможности совмещения различных направлений правопонимания открывает путь к *сближению взглядов относительно реальности выработки общего понятия права на собственно юридической, нормативной основе*².

Таким образом, какой бы концепции понимания права мы ни придерживались, все равно признается понятие права (как целого или части понятия права) как совокупности норм. Это то, что представители всех концепций называют позитивным правом.

Определение права

Прежде чем перейти к определению права, подведем итоги проведенного анализа различных точек зрения на понятие права.

¹ См.: Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С. 18. С. 19–21.

² См.: Байтин М.И. Указ. соч. С. 139.

Можно сформулировать два положения, которые мне представляются правильными:

1. Все существующие типы правопонимания можно свести к двум: узкое (нормативное, легистское) и широкое (юридическое, антилегистское).

2. Любые концепции правопонимания не отвергают нормативности права. Более того, они основываются на позитивном праве, отталкиваются от него и на его основе строят свои концепции правопонимания. Тем более, это неоспоримо для континентальной системы права, ибо только современная американская реалистическая правовая школа отрицает нормативность права.

Для цивилиста из всего этого вытекает одна простая истина: нормативное понимание права существует при любых концепциях правопонимания — или как единственно верное по нормативной концепции права или как часть широкого понимания права по другим антилегистским концепциям правопонимания.

Поэтому при решении утилитарных проблем гражданского права я исхожу из нормативной концепции права. Во-первых, на мой взгляд, она является истинной теорией понимания права. Во-вторых, остальные концепции, даже если они верные, меня не очень интересуют так как мало пригодны для решения практических проблем. В силу того, что все они признают позитивное право, я буду использовать именно позитивное право как единственно пригодное для решения проблем цивилистики.

В частности, если я исследую проблемы системы права, то для меня это будет система норм права. Все остальное мне глубоко безразлично. Естественное право как материя, выходящая за пределы собственно права, представляет интерес при определении и функционировании прав человека. Социологическое право может быть полезным при изучении эффективности права, фактической реализации норм права. Но все это материи, выходящие за пределы понятия права.

Исходя из этого можно сформулировать определение права. Хочу сразу оговориться, что определение права по сути мало изменилось со времен ставшего знаменитым определения права А.Я. Вышинским, которое послужило основой для всех последующих определений права в советский период.

Для наглядности я приведу целиком это определение. «Право, — писал А.Я. Вышинский, — совокупность правил поведения, установленных государственной властью господствующего в обществе класса, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью и осуществляемых в принудительном порядке при помощи государственного аппарата в целях охраны, закрепления

и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу»¹.

А теперь приведу пару современных определений права:

«Право (объективное, или позитивное право, в строго юридическом значении) — это система общеобязательных норм, выраженных в законах, иных признаваемых государством источниках и являющихся общеобязательным основанием для определения правомерно дозволенного и юридически недозволенного, запрещенного (а также юридически предписанного) поведения»².

«Право — это система общеобязательных, формально определенных норм, которые выражают государственную волю общества, ее общечеловеческий и классовый характер; издаются или санкционируются государством и охраняются от нарушений возможностью государственного принуждения; являются властно-официальным регулятором общественных отношений»³.

Нетрудно заметить, что эти определения по существу немного отличаются от определения, данного А.Я. Вышинским. Наиболее существенным является то, что термин «совокупность правил поведения» заменен на термин «система общеобязательных норм», что, конечно, более точно, так как отражает системность права.

И наконец, приведу определение, предложенное В.С. Нерсисянцем, ярым противником нормативной концепции права. Как он пишет, право — это соответствующая требованиям принципа формального равенства система норм, установленных или санкционированных государством и обеспеченных возможностью государственного принуждения⁴.

Отличие от определений сторонников нормативной концепции права заключается в том, что в определение вставлены слова «соответствующая требованиям принципа формального равенства». То есть нормы, не соответствующие этим принципам, вроде как бы уже не право.

Но что однозначно вытекает из этого определения — это тот факт, что право (со всеми добавлениями и ограничениями) — это все-таки система норм.

Поэтому я предлагаю самое короткое и самое точное определение: право — это система правовых норм (или система норм права).

¹ См.: *Вышинский А.Я.* Вопросы теории государства и права. М., 1949. С. 4

² См.: *Алексеев С.С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2001. С. 29.

³ См.: *Байтин М.И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). 2-е изд. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 80.

⁴ См.: *Нерсисянц В.С.* Общая теория права и государства: Учебник для ВУЗов. М.: Норма, 2000. С. 75.

А правовая норма — это общеобязательное правило (веление), установленное или санкционированное государством, обеспеченное возможностью государственного принуждения, регулирующие общественные отношения.

Если говорить о более полном определении, можно предложить следующее: право — это система правовых норм (общеобязательных правил), установленных или санкционированных государством, обеспеченных возможностью государственного принуждения, регулирующих общественные отношения.

1.2. ПУБЛИЧНОЕ И ЧАСТНОЕ В ПРАВЕ

Проблема разграничения публичного и частного в праве не разрабатывалась в советской юридической литературе, так как отношение к ней в Советском Союзе вытекало из известных высказываний В.И. Ленина: «Мы ничего частного не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное».

Эта проблема обозначается в литературе еще как проблема дуализма. Существует два юридических явления: дуализм права, под которым понимается деление права на публичное и частное; и дуализм частного права, под которым понимается деление права на гражданское и торговое¹.

Проблему разграничения публичного и частного права следует начать с другого, гораздо более знаменитого, чем высказывание В.И. Ленина, изречения одного из римских юристов классического периода Ульпиана: «*Omne jus publicum est quot ad statum rei romanae spectat, privatum quot ad ingulorum utilitatem*» (Ulp., D.I. 1.1.2) — «Публичное право относится к положению Римского государства, частное — к пользе отдельных лиц»². Из этого высказывания видно, что деление права на публичное и частное (или гражданское) началось еще со времен римского права (*jus publicum* и *jus privatum*, или *jus civile*) и не раз становилось в разных правовых системах предметом острых дискуссий. Этой проблеме всегда придавалось огромное значение.

«Характерным для современного юридического порядка является распадение норм права на две группы: право публичное и право гражданское, или иначе право частное»³.

¹ См.: *Иоффе О.С.* Цивилистическая доктрина промышленного капитализма // Избранные труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2000. С. 73—81; *Ровный В.В.* Проблемы единства российского частного права. Иркутск: Изд-во Иркут. уни-та, 1999. С. 5—16, 47—79.

² См.: *Дигесты Юстиниана*. Т. 1. Кн. I—IV. М., 2002. С. 84.

³ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. С. 11.

«С той поры (т.е. поры Ульпиана — *М.С.*) это деление является прочным достоянием юридической мысли, составляя непременный базис научной и практической классификации правовых явлений»¹.

«Все право имеет задачей примирение двух противоречащих стремлений к особенности и к общности, и действительное примирение этих стремлений в отдельных юридических институтах дает различие двух областей права, публичной и частной»².

Как писал в свое время Ю.С. Гамбаров, «историческое соотношение между гражданским и публичным правом можно характеризовать состоянием первоначальной слитности того и другого, из которого, т.е. из этого состояния слитности, публичное и гражданское право выходят лишь постепенно путем медленного исторического процесса. Существенными моментами в этом процессе обособления гражданского права и публичного мы считаем: 1) освобождение личности от связи ее с родом, семьей и другими общественными союзами, скрывающимися до того ее развитие; 2) усиление государственной власти и сосредоточение в ее руках функций публичного права, отделяемых *еrre ipso* от функций права гражданского; и 3) переход натурального хозяйства в денежное»³.

Одной из самых острых и до сих пор не решенных проблем права является определение критериев разграничения публичного и частного права. Начиная с римского права выдвигались самые различные критерии такого разграничения.

Все многообразие точек зрения в принципе можно свести (за некоторыми исключениями) к двум основным критериям — материальному и формальному. При применении материального критерия одни ученые исходят из критерия интереса, т.е. из того, чьи интересы или чью пользу имеют в виду те или иные нормы. Мнение Ульпиана как раз выражает точку зрения представителей этой концепции.

К числу сторонников теории интереса можно отнести, в частности, Г.Ф. Шершеневича⁴, С.В. Пахмана⁵, К.И. Малышева⁶, Д.И. Мейера⁷. Модификацией римской теории является концепция Ф.К. Савиньи,

¹ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 37.

² См.: Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 1. Введение. Учение о лицах. М.: Зерцало, 2004. С. 53.

³ См.: Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М.: Зерцало, 2003. С. 58.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. С. 11–16.

⁵ См.: Пахман С.В. Курс гражданского права. Лекции, читанные в императорском Санкт-Петербургском университете в 1872–1873 акад. году. СПб., 1873.

⁶ См.: Малышев К.И. Курс общего гражданского права России. СПб.: Тип. М.М. Станюлевича, 1878. Т. 1. С. 1.

⁷ См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право: В 2 ч. Ч. 1. М.: Статут, 1997. С. 31–33.

который различал юридические отношения по их цели (целое в публичном праве и отдельный человек — в частном)¹.

Критика теории интереса основывается во многом на том, что публичный и частный интересы неразрывно связаны между собой, и с этой точки зрения многие публичные органы государства применяют институты частного права. По этой причине, например, некоторые французские ученые к частному праву относят помимо гражданского и торгового права также и уголовное, поскольку большинство норм последнего направлено на защиту частноправовых отношений².

Другие ученые исходят из деления прав на имущественные и публичные.

Например, профессор К.Д. Кавелин выступал основоположником теории предмета правового регулирования. По его мнению, предметом гражданского права являются исключительно имущественные отношения. Поэтому он предлагал пересмотреть классификацию отраслей права, в частности включить в гражданское право институты налогового и других отраслей права³.

Сторонники формальной теории за основу деления принимают способ регулирования или построения отношений. Деление производится или по способам защиты права в случае его нарушения, или по положению субъектов правоотношений, или по критерию централизации и децентрализации правового регулирования⁴.

Большинство исследователей склоняются к формальному критерию.

В российской литературе теория централизации и децентрализации, выдвинутая впервые профессором Петражицким⁵, была разработана И.А. Покровским. По его мнению, если публичное право есть система юридической централизации отношений, то частное право, наоборот, есть система юридической децентрализации: оно, по существу, предполагает для своего бытия наличие множества самоопределяющихся центров. Если публичное право есть система субординации, то частное право есть система координации; если

¹ Цит. по: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 9-е изд. СПб.: Изд-во юрид. книжн. маг. Н.К. Мартынова, 1914. С. 169.

² См. об этом: Бельх В.С. О соотношении частного и публичного права в правовом регулировании общественных отношений // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. тр. Вып. 3. М.: Статут; Екатеринбург: Ин-т частного права, 2004. С. 62–63.

³ См.: Кавелин К.Д. Что есть гражданское право и где его пределы: Полн. собр. соч. Т. 4. СПб.: Тип. М.М. Станюлевича, 1900. С. 762–881.

⁴ Обзор литературы см.: Черепяхин Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве. М.: Де-Юре, 1994; см. также: Черепяхин Б.Б. Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. С. 93–120; Тихомиров Ю.А. Публичное право. М.: БЕК, 1995. С. 1–25.

⁵ См.: Ученые записки Киевского университета. 1896 г. Кн. 8.

первое есть область власти и подчинения, то второе есть область свободы и частной инициативы¹.

До сих пор актуальными являются выводы, сделанные Б.Б. Черепахиным в 1925 г. По его мнению, в основу разделения права на частное и публичное должен быть положен формальный критерий разграничения. Это разграничение должно проводиться в зависимости от способа построения и регулирования юридических отношений, присущего системе частного и системе публичного права. Частно-правовое отношение построено на началах координации субъектов, частное право представляет собой систему децентрализованного регулирования жизненных отношений. Публично-правовое отношение построено на началах субординации субъектов, публичное право представляет собой систему централизованного регулирования жизненных отношений².

Основываясь на данной теории, С.С. Алексеев делает вывод, что для деления права на публичное и частное наиболее существенное значение имеют два критерия: 1) для публичного права характерны отношения «власть-подчинение», для частного права — отношения юридического равенства субъектов; 2) публичное право построено на принципе субординации, частное право — на принципе координации воли и интересов участников отношений³.

Эту теорию в той или иной степени поддерживали и развивали немецкие ученые Эннексерус, Гирке, Регельсбергер, Козак, Бидман, Кромэ, Бирлинг, Леген, а также русские ученые Е.Н. Трубецкой, И.В. Михайловский, Ф.Ф. Кокошкин, Ф.В. Тарановский, Б.Б. Черепахин⁴.

Я тоже поддерживал сторонников формального критерия разделения права на публичное и частное⁵.

Однако в настоящее время я хочу несколько уточнить свою позицию. Я хочу предложить третью, компромиссную точку зрения. К разграничению публичного и частного права одинаково применимы и материальный, и формальный критерии. Спор между сторонниками материального и сторонниками формального критериев беспредметен, ибо правы и те, и другие.

Несомненно, разграничение между публичным и частным правом проводится по формальным критериям: системы централизации и де-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 37–40.

² Черепахин Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве. М.: Де-Юре, 1994. С. 35.

³ См.: Алексеев С.С. Частное право. М.: Статут, 1999. С. 26.

⁴ См. об этом: Черепахин Б.Б. Указ. соч. С. 18–21.

⁵ См.: Сулейменов М.К. Актуальные проблемы частного права в Республике Казахстан // Актуальные проблемы частного права: Материалы международной науч.-практ. конференции (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 23–24 мая 2002 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮУ, 2003. С. 5–6.

централизации, методы власти-подчинения и юридического равенства. Однако само разделение централизации и децентрализации является отражением различного содержания регулируемых отношений, деления общественных отношений на публичные и частные.

Соглашаясь с тем, что правовой метод связан с каждой системой права, я не могу согласиться, что есть такие системы, которые не знают подразделения права на частное и публичное¹. Такое подразделение имманентно присуще всем правовым системам, даже если это не выражено ярко. В конце концов, и в континентальной правовой системе такое деление прямо не выражено, но оно реально существует, проявляясь в отраслях права, одни из которых относятся к публичному праву, другие — к частному, третьи — и к публичному, и к частному (комплексные отрасли права). Также это деление проявляется и в обычном праве, и в правовых системах англосаксонского права².

Публичное право есть совокупность правоотношений, в которых непосредственным или посредственным субъектом права или обязанности является государство как организация, обладающая принудительной властью.

Принудительная власть государства, его властное полномочие в том или ином правоотношении придает особый характер тем правоотношениям, в которых государство выступает во всеоружии своей власти и могущества и диктует свою волю другой стороне. Это и служит основанием для выделения этих отношений в особую группу, противопоставляемую правоотношениям между равностоящими субъектами.

Необходимо подчеркнуть, что для публично-правового отношения существенно не то, что субъектом в нем является государственная власть, но именно сам характер ее вступления в правоотношение³.

Таким образом, деление права на частное и публичное является достаточно распространенным и анализируется в трудах многих ученых на протяжении многих веков. В то же время нельзя сказать, что это де-

¹ Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд. М.: Статут, 2006. С. 9.

² Попытки некоторых авторов опровергнуть применимость данного деления к некоторым правовым системам, в частности к англосаксонскому праву (см., например: Мальцев Г.В. Соотношение частного и публичного права: Проблемы теории. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под ред. В.В. Безбаха, К.А. Пучинского, М.: 2004, С. 718–759) опровергаются фактическими обстоятельствами (см., например: Карева М.П. К вопросу о делении права на публичное и частное // Советское государство и право. 1939. № 4. С. 18; Кулагин В.И. Предпринимательство и право: опыт Запада / Избранные труды. М.: Статут, 1997. С. 197; Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2007. С. 45–46).

³ См.: Черепяхин Б.Б. Указ. соч. С. 19–20.

ление является общепризнанным и устоявшимся. Встречаются резкие возражения против этого, доказывают невозможность, ненужность или бессмысленность такого деления. Даже сторонники такого деления принимают его с известной долей условности. Можно констатировать, что разброс мнений по этой проблеме большой.

Существуют простые и однозначные решения. Например, А.Ф. Галузин делит нормы права между двумя «суперотраслями» права. К публичному праву при этом он относит конституционное, административное, уголовное, налоговое, бюджетное, таможенное, земельное, аграрное, экологическое и международное право, а также уголовно-исполнительное право и уголовный процесс, а к частному — гражданское, трудовое, семейное, международное частное, социальное право, а также гражданский процесс, включая нотариат¹. В.Ф. Попондопуло говорит о наличии в праве только двух отраслей — частной и публичной, тогда как традиционно выделяемые отрасли уголовного, гражданского права и пр., по его мнению, являются не более чем комплексными отраслями законодательства, состоящими из различных сочетаний частных и публичных норм².

По мнению Ю.А. Тихомирова, публичное право включает в себя такие отрасли права, как теория государства и права, конституционное (государственное) право, административное право, уголовное право и международное публичное право³. Следовательно, из этого можно сделать вывод, что все остальные отрасли права относятся к частному праву, ибо Тихомиров однозначно признает деление права на публичное и частное. Различие между ними он проводит по трем признакам: объект регулирования, т.е. круг общественных отношений, методы правового регулирования, круг источников права и структура нормативного массива⁴.

Однако большинство авторов, даже сторонники дуализма права, предпочитают более мягкие решения.

Например, С.С. Алексеев, признавая деление права на публичное и частное, вместе с тем подчеркивает, что сама эта классификация имеет в основном, так сказать, общее, принципиальное значение. В практической жизни публичное и частное право во многих случаях

¹ См.: Галузин А.Ф. Правоотношения в публичном и частном праве: общая характеристика: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1996. С. 11–17.

² См.: Попондопуло В.Ф. Понятие коммерческого законодательства // Правоведение. 1993. № 1. С. 18; Он же. Частное и публичное право как отрасли права // Цивилистические записки. Межвуз. сб. науч. трудов. Вып. 2. М.: Статут, Институт частного права, 2002. С. 33; См. также: Нефедов Д.В. Правовой статус коммерческого банка: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 1994. С. 10.

³ См.: Тихомиров Ю.А. Публичное право. М.: БЕК, 1995. С. 35.

⁴ Там же. С. 35–36.

оказываются «перемешанными». В жизни довольно часто существуют разнопрофильные элементы, одни из которых относятся к частному праву, а другие — к публичному (например, так называемые публичные договоры в гражданском праве — договор розничной торговли, общественного транспорта, связи и др., где есть публичноправовые элементы). Складываются даже целые правовые подразделения, комплексные образования, в которых в разных пропорциях присутствует одновременно и то, и другое (морское право, банковское право, предпринимательское право, корпоративное право). Поэтому достигнуть предельно строгой классификации, когда весь правовой материал полностью, исчерпывающим образом распределяется по полочкам, здесь невозможно.

Поэтому С.С. Алексеев делает вывод, что деление права на публичное и частное не только и, пожалуй, даже не столько классификационное. Это деление концептуального порядка. Оно касается самих основ права, его места и роли в жизни людей, его определяющих ценностей.

Деление права на публичное и частное, заключает С.С. Алексеев, не просто классификационное подразделение, позволяющее разделить юридические нормы и правоотношения по наиболее крупным рубрикам. Публичное и частное право — качественно разные области правового регулирования, два разных «континента» или две юридические «галактики». С первых стадий цивилизации право (разумеется, со многими различиями в разных странах) так и развивается в составе двух относительно самостоятельных сфер, по двум руслам — публичного и частного права¹.

После детального анализа В.В. Ровный приходит к выводу, что явление дуализма вряд ли присуще объективному праву. То есть вся совокупность отдельных норм, образующих систему права, не подлежит разделению по признаку принадлежности одних норм к частному, а других — к публичному. При этом автор исходит из категории «интереса» (одни и те же нормы одновременно преследуют и частный, и публичный интерес). То есть В.В. Ровный применяет материальные критерии деления права, что вряд ли продуктивно, как я писал выше.

В.В. Ровный, однако, находит возможным применение дуализма к сфере субъективных прав. Критерий деления субъективных прав на частные и публичные заключается, по его мнению, в наличии или отсутствии личной свободы. Отдельные субъективные права могут быть либо частными, либо публичными. Что же касается правоотношений, то, образуемые на основе различных сочетаний отдельных субъектив-

¹ См.: Алексеев С.С. Частное право. С. 26–31.

ных прав, они, в свою очередь, могут быть уже не только частными и публичными, но также и смешанными — частно-публичными¹.

Чтобы точно определить, какой именно характер носят общественные отношения, следует кратко рассмотреть вопросы о происхождении права и об объективном и субъективном в праве.

Не рассматривая многочисленные теории происхождения государства и права², я хочу поддержать наиболее распространенную концепцию, что возникновение права и государства, во-первых, неразрывно связаны, во-вторых, вытекают из изменившихся экономических отношений первобытного общества. Происходит разложение первобытного общества, разделение труда, возникают излишки, появляются торговля и обмен, усиливается имущественное расслоение, возникает частная собственность.

Для защиты и закрепления новых сложившихся экономических и социальных отношений из общей массы членов рода выделяется особая группа людей (вождей, военачальников, жрецов), не производящих материальных или духовных благ, а занятых лишь управленческими делами. Возникает государство и право³.

Эта концепция в последние годы подвергается критике. Ее называют марксистско-ленинской⁴, истматовской⁵ и устаревшей. В работах доказывалось, что право существовало и в первобытном обществе, и до возникновения государства.

На мой взгляд, эта критика не достигает цели, потому что критики являются сторонниками широкой концепции права, т.е. они понимают право шире, чем норму. Поэтому до появления государства право в их понимании существовало в иной форме, чем нормы, установленные или санкционированные государством (например, естественное право). Если же речь идет о позитивном праве (или нормативном праве), то и в их понимании оно неразрывно связано с государством и порождается изменениями в экономической сфере первобытного общества.

¹ См.: *Ровный В.В.* Проблемы единства российского гражданского права. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1999. С. 12–15.

² Например, *В.С. Нерсисянц* рассматривает и анализирует следующие концепции: мифологические и религиозные, патриархальные и патерналистские, органические, естественно-правовые концепции общественного договора, концепции насилия, психологические, марксистская, либерально-юридическая (См.: *Нерсисянц В.С.* Общая теория права и государства: Учебник для вузов. М.: Норма, 2000. С. 204–235).

³ См., например: *Марченко М.Н.* Проблемы теории государства и права: Учебник. М.: ТК «Велби», Проспект, 2007. С. 80–84; *Сырых В.М.* Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: Юстицинформ, 2007. С. 13–17.

⁴ См.: *Нерсисянц В.С.* Указ. соч. С. 228–232.

⁵ См.: *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. СПб.: Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. С. 239.

Что было определяющим в возникших после образования государства и права отношениях? С одной стороны, это были отношения частной собственности и естественно вытекающие отсюда отношения обмена, а затем и товарно-денежные отношения, с другой стороны, — отношения по охране государством и правом этих отношений собственности и обмена.

Первая группа отношений — это отношения по горизонтали, частные отношения, вторая группа отношений — это отношения по вертикали, публичные отношения. И эта связка «публичное — частное» сопровождает право на всем пути его развития, вплоть до современного, и является сутью права, признаком, имманентно присущим праву. Я утверждаю, что без этого право не может возникнуть и существовать.

Таким образом, при регулировании общественных отношений право должно учитывать существование частных и публичных отношений. Это и есть объективное в праве, то, что законодатель любой страны любой правовой системы обязан учитывать при построении системы права этой страны. Кроме этого, все остальное в праве субъективно.

Право отдельной страны строится законодателем с учетом интересов правящего класса или стратовой группы, экономической ситуации и политической конъюнктуры, но при наличии объективной необходимости встроить изменения в право в систему «публичное — частное».

Подведем некоторые итоги нашего исследования.

Публичное право и частное право существуют. Это бесспорно. Можно по-разному к ним относиться, можно отрицать деление права на публичное и частное, но наличие в праве такого феномена отрицать трудно. Как говорит С.С. Алексеев, это действительно две разные сферы, две различные правовые «галактики».

Публичное право — это правовая сфера, связанная с государственной властью, основанная на отношениях власти и подчинения, и поэтому существует только один общегосударственный юридический центр. Отсюда и принципы публичного права: иерархичность, наличие ведомственной юрисдикции и т.п. Отсюда и метод правового регулирования, основанный на власти и подчинении.

Частное право — это правовая сфера, основанная на децентрализации, свободе отдельных субъектов. Поэтому в частном праве господствуют отношения «по горизонтали», основанные на равенстве субъектов. Отсюда в частном праве действует множество юридических центров, в качестве которых выступают отдельные субъекты правоотношений¹.

¹ См.: Алексеев С.С. Частное право. С. 29–31.

Другое дело, что границы между публичным и частным правом не являются гранитными и незыблемыми. Они чрезвычайно подвижны, что зачастую связано с историческими и социально-экономическими условиями. В одни периоды усиливалось влияние публичного права, в другие – частного. Если взять нашу ближайшую историю, то во времена Советского Союза господствовало публичное право, частное право находилось на грани вымирания, что, на мой взгляд, явилось основной причиной развала социалистической системы. В настоящее время усилилось значение частного права, что является необходимым условием развития рыночных отношений. В то же время в последние годы все настойчивее говорят об усилении государственного вмешательства в частные отношения, что означает увеличение удельного веса публичных отраслей права.

Происходит взаимопроникновение публичного или частного права. В публичном праве применяются иногда методы координации в отношениях между государственными органами. Договор начинает применяться не только в международном публичном праве, но и в национальном государственном праве.

В частном праве применяются элементы публичного права, например, в публичном договоре, договоре присоединения, трудовом договоре. Недаром в гражданском праве ставится вопрос о необходимости разработки мер по защите прав более слабой стороны в договоре. Эта проблема актуальна и для трудового права.

В то же время нельзя напрямую применять методы правового регулирования, которые применяются в одной правовой сфере, к отношениям, возникающим в другой правовой сфере. Поэтому я не могу согласиться с применением договорных отношений там, где отсутствует равенство сторон (в частности, это касается так называемых финансовых договоров)¹, или не могу применять конструкцию обязательства там, где обязательственная модель принципиально неприменима (например, налоговое обязательство в новом Налоговом кодексе)².

¹ См. об этом: Венгеров А.Б., Барабашев И.С. Нормативная система и эффективность общественного производства. М., 1985. С. 14–17; Нипосчек В.И. Нормативное регулирование социалистических общественных отношений // Правоведение. 1974. № 5. С. 14–18.

² См.: Основы государства и права Республики Казахстан: Учебник. Алматы: Жеты жаргы, 1997. С. 305–306 (автор главы – А.И. Худяков); Худяков А.И. Налоговое право Республики Казахстан. Общая часть. Алматы: Жеты жаргы, 1998. С. 164; Порохов Е.В. Теория налоговых обязательств. Алматы: Жеты жаргы, 2001 (Критику см.: Сулейменов М.К. Проблемы соотношения гражданско-правовых понятий в проекте Налогового кодекса Республики Казахстан // Науч. труды Академии финансовой полиции. Алматы: Жеты жаргы, 2001. С. 156–165).

Таким образом, я считаю, что деление системы права на отрасли публичного и частного права является главным и основным делением системы права. Можно по-разному относиться к этой проблеме, но то, что она существует, мало кто отрицает.

Поэтому структуру права и место в ней отраслей права необходимо определять именно с точки зрения отнесения той или иной отрасли к публичному или частному праву.

ГЛАВА 2. СИСТЕМА ПРАВА

2.1. СИСТЕМНОСТЬ ПРАВА

Определение понятий. Необходимо определить точное содержание понятий. В литературе употребляются различные понятия: «право как система», «система права», «структура права», «правовая система», «национально-правовая система», «международно-правовая система». В эти понятия вкладывают самое разное содержание, и зачастую именно из-за этого идут ожесточенные споры.

Мне кажется, что все эти понятия имеют право на существование, и означают они разные правовые явления.

При нормативном понимании права понятие «право как система» будет выглядеть как система норм. Его анализ должен включать, во-первых, анализ генезиса и структуры системы норм, т.е. системы права. Во-вторых, анализ связей права как системы норм с другими правовыми феноменами (правосознание, правоотношение, правовой статус и пр.), т.е. анализ правовой системы. В-третьих, анализ права как разновидности социальных норм, как компонента нормативной системы.

Я рассмотрю первый аспект как наиболее важный для понимания права. Немного будет затронут второй аспект. Что касается третьего аспекта системного понимания права, то его рассмотрение — это особая сфера анализа права как системы.

Здесь право выступает как элемент системы социальных регуляторов, которая состоит из нормативной системы (право, мораль, корпоративные нормы, обычаи) и системы ненормативных регуляторов (ценностных — социальных ценностей, директивных, информационных).

Нормативные регуляторы, в свою очередь, делятся на институциональные и неинституциональные. К первой группе относится право. Нормы создаются деятельностью особых институтов, обладающих особыми прерогативами. Ко второй группе относятся обычно-традиционные и нравственные нормы, которые формируются в самом процессе совместной жизнедеятельности людей¹. При рассмотрении этого аспекта основной акцент делается на соотношении права с другими нормативными регуляторами (прежде всего моралью) и их воз-

¹ См.: *Дробницкий О.Г.* Понятие морали. М., 1974. С. 257–258. О.Г. Дробницкий дает понятие института (С. 257). См. также: *Алексеев С.С.* Право — институциональное социальное образование // Вопросы теории государства и права. Саратов, 1983. С. 3.

действию на общественные отношения. Учитывая, что это обширная и самостоятельная тема исследования, в данной работе я ее опускаю.

Системный подход. Исследование права как системы невозможно без применения положений системного подхода. Собственно, и появилась эта проблема после широкого внедрения системного подхода в различных областях знания.

Пониманию права как внутренне согласованного явления способствует применение к праву системно-структурных представлений. Не надо только увлекаться так называемой общей теорией систем. Раньше часто говорили о системах, системном подходе, структурном подходе, обозначая этими модными словами то же, что существовало и прежде, облекая в новые слова старые положения. Общая теория систем пережила период своего расцвета, когда она претендовала на роль всеобъемлющей теории, метатеории, применяемой во всех сферах и способной чуть ли не заменить диалектику.

Я приведу только сделанную А.Н. Чашиным¹ подборку некоторых работ российских² и зарубежных³ авторов, которые в свое время наделали немало шума.

Однако этот период прошел, общей теории систем, по-видимому, создать не удалось, поскольку попытки применить ее к разным отраслям науки показали, что в результате применения остается голый скелет, схема, которую в каждой отрасли науки приходится наполнять

¹ См.: Чашин А.Н. Теория юридической систематизации. М.: Дело и Сервис, 2010. С. 6–7.

² Анохин П.К. Принципиальные вопросы общей теории функциональных систем. М.: АН СССР, 1971; *Он же*. Теория функциональной системы // Успехи физиол. наук. 1970. Т. 1. № 1. С. 19–54; *Он же*. Узловые вопросы теории функциональной системы. М.: Наука, 1980; Ахутин В.М., Попечителей Е.Л., Немиров А.П. Биотехнические системы. Теория и проектирование. Л.: ЛГУ, 1981; Емельянов С.В., Нанпельбаум Э.Л. Основные принципы системного анализа. Проблемы организации управления социалистической промышленностью. М.: Экономика, 1974. С. 92–98; Рапопорт А. Различные подходы к построению общей теории систем: элементаристский и организменный // Системные исследования. Ежегодник, 1983. М.: Наука, 1983. С. 42–60; Сагатовский В.Н. Опыт построения категориального аппарата системного подхода. Философские науки. 1976. С. 27–42; *Он же*. Системная деятельность и ее философское осмысление // Системные исследования. Ежегодник, 1980. М.: Наука, 1980. С. 52–68; Садовский В.Н. Основания общей теории систем. Логико-методологический анализ. М.: Наука, 1974; Сетров М.Л. Принцип системности и его основные понятия. Проблемы методологии системного исследования. М.: Наука, 1970. С. 49–63; Уемов А.И. Системный подход и общая теория систем. М.: Мысль, 1978; Урсул А.Д. Общенаучный статус и функции системного подхода // Системные исследования. Ежегодник 1977. М.: Наука, 1977. С. 29–47; Чубухчи-ев Б.Х. Некоторые аспекты информационного моделирования систем // Вопросы технической диагностики. Ростов н/Д: РИСИ, 1983. С. 150–159.

³ См.: Фон Бергаланфи Л. Общая теория систем: критический обзор. Исследования по общей теории систем. М.: Прогресс, 1969. С. 23–82; Винер Н. Кибернетика. М.: Сов. Радио, 1968.

своим содержанием, резко отличным от других. Само понятие теории систем становится настолько аморфным, неопределенным, что она теряет свое собственное содержание метатеории и перестает быть теорией.

Недаром даже приверженцы общей теории систем отмечают, что, несмотря на колоссальный объем работы, посвященный изучению систем и внедрению в науку и практику системного подхода, проделанный учеными различных отраслей знаний, системный подход до настоящего времени не занял должного места как в естествознании, так и в отраслях социальной сферы¹.

Мне кажется, в этих признаниях просматриваются не сожаления по поводу невостребованности системного подхода, а невольное признание краха общей теории систем.

Что касается системного подхода, то, действительно, он не занял должного места при исследовании природных и социальных реалий, но тем не менее нельзя отторгать его только на том основании, что он мало применяется.

Системно-структурный подход, или, вернее, системно-структурная ориентация, может принести большую пользу, но только как вспомогательный метод исследования. Применение системно-структурного подхода в праве помогает, с одной стороны, понять право как взаимодействие элементов, как внутренне согласованное явление, с другой стороны, понять место права в системе общественных явлений, определить право как элемент других, более широких систем. Как говорили сами представители общей теории систем, дело ограничивается выработкой неких «общих исследовательских ориентаций»².

Здесь надо сказать, что существует множество систем, в которых право выступает элементом, и каждая система имеет право на существование. В зависимости от аспекта исследования берется та или иная система, и в каждой из них право будет обладать различными свойствами. Право само может анализироваться как система норм, если рассматривать право как совокупность норм. Как систему можно изучать нормы права и правоотношения³. Право может рассматриваться как элемент надстройки и тогда анализироваться в соотношении с государством, политикой, моралью и т.п. Право и государство могут

¹ См.: Чубухчиев Б.Х. Информационное моделирование функциональных систем. Мадаган: Кордис, 2007. С. 19.

² См., например: Ранопорт А. Различные подходы к общей теории систем // Системные исследования. Ежегодник. М., 1969. С. 55, 61.

³ Этот аспект рассмотрения права как системы взят у Б.Л. Назаренко (Социалистическое право в системе социальных связей. М.: Юрид. лит., 1976).

рассматриваться как единая система и т.д., и т.п. И при исследовании права как общественного явления обязательно надо иметь в виду, в какой системе связей оно рассматривается, иначе часто получается, что юристы ломают копыта, доказывая что-либо, в то время как правы и те, и другие, просто в иной системе связей право и выступает по-другому, проявляет другие свойства, стороны, грани. В частности, по отношению к экономическим отношениям право, несомненно, выступает как субъективное, но по отношению к правосознанию, науке, морали и иным формам общественного сознания оно уже выступает как объективное.

Системный подход включает в себе ряд аспектов.

Внутренние свойства системы характеризуются следующими аспектами:

1. Системно-компонентный аспект — то, из чего образовано целое. Исследование субстанции системы.

Компоненты системы — те структурные единицы, взаимодействия которых и вызывают, обеспечивают присущие системе качественные особенности.

2. Системно-структурный аспект.

Структура — внутренняя форма системы, представляющая собой способ взаимосвязи, взаимодействия образующих ее компонентов.

3. Системно-функциональный аспект.

Функции системы есть интегративный результат функционирования ее компонентов, тогда как функции этих последних — во многом результат воздействия на них общесистемных функций.

Координация функций — согласование функций компонентов по горизонтали.

Субординация — согласование функций по вертикали, подчиненность функций одних компонентов другим и всех без исключения компонентов системе в целом.

Системно-интегративный аспект — факторы системности, те механизмы, которые обеспечивают сохранение качественной специфики систем, их функционирование и развитие.

Социальные системы относятся к классу самоуправляемых систем, т.е. систем, которым присущи механизмы, факторы управления. Они-то и обеспечивают целостность системы¹.

Системный подход при изучении правовой действительности обуславливает, в частности, рассмотрение права не только в качестве особой социальной системы, но и под углом зрения:

¹ *Афанасьев В.Г.* Общество: системность, познание и управление. М.: Политиздат, 1981. С. 21–31.

1. системно-коммуникационных связей (право — элемент общества как системы, элемент других системных образований);
2. системно-структурного аспекта (право — социальное явление, отличающееся сложной многоуровневой структурой);
3. системно-функционального аспекта (право — социальная система, отличающаяся специфическими регулятивными и охранительными формами)¹.

Основными аспектами в изучении права являются, разумеется, системно-функциональный и системно-интегративный. Как система право функционирует, проявляется, развивается, взаимодействует с другими системами. Но это другой, более глубокий уровень исследования, сводящийся, в частности, к проблеме механизма правового регулирования.

В данной работе исследование проблемы ограничивается в основном анализом системно-структурного аспекта.

В естественно-научной литературе предлагаются самые разные определения системы, в частности:

- любой объект, который, с одной стороны, рассматривается как единое целое, а с другой — как множество связанных между собой или взаимодействующих составных частей²;
- любой набор элементов (вещественных, энергетических, информационных), выделенных совместно по какому-либо принципу из других элементов окружающего мира³;
- комплекс взаимодействующих элементов⁴;
- непустое множество элементов, содержащее по крайней мере два элемента, причем элементы этого множества находятся между собой в определенных отношениях, связях⁵.

Многие относят к системам не все совокупности объектов, а только целостные (неорганичная и органичная системы)⁶. Д.А. Керимов, напротив, слишком широко понимает «целое», относя к нему не только «системное целое», но и суммативные, неорганизованные совокупности⁷.

¹ Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 40.

² См.: Мишенин А.А. Теория экономических информационных систем. М.: Финансы и статистика, 2002. С. 9.

³ См.: Малиновский А.А. Основные понятия и определения теории систем (в связи с приложением теории систем к биологии) // Системные исследования. Ежегодник, 1979. М.: Наука, 1979. С. 73.

⁴ См.: Берталанфи Л. фон. Указ. соч. С. 52.

⁵ См.: Кребер К. Философские категории в сфере науки: научные доклады высшей школы. Философские науки. 1967. № 3. С. 103.

⁶ См.: Блауберг И.В., Садовский В.Н., Юдин Э.Г. Системный подход в современной науке // Проблемы методологии современной науки. М., 1970. С. 37.

⁷ См.: Керимов Д.А. Философские проблемы права. М., 1972. С. 247–248, 250 и сл.

Мне кажется, в этих определениях основной упор делается на внутреннее строение объекта, что в какой-то степени приводит к смешению со структурой объекта. Упускается из виду отграничение одного объекта от других.

Я думаю, можно принять за основу определение системы как отграниченного множества взаимодействующих элементов¹.

Под структурой понимают обычно способ связи, организации элементов явления, характер связи (взаимодействия) его элементов между собой². Иногда структуру определяют как форму расположения элементов и характер взаимоотношения их сторон и свойств³. Многие авторы считают, что структура — это инвариантный аспект системы⁴, включают в понятие структуры не только связи и отношения, но и сами элементы, между которыми устанавливаются связи⁵.

«Структура, — отмечает Д.А. Керимов, — каркас (скелет), при помощи которого организуется, упорядочивается содержание данного явления»⁶.

Для нас разница между этими определениями не столь существенна. Важно то, что все авторы единодушны в неразрывной связи понятий «система» и «структура». Структура — способ связи элементов системы, внутренняя организация системы. Оторвать одно от другого невозможно.

Наряду с понятием «элемент» в философской литературе получило распространение понятие «компонент». Компонент — любая часть системы, вступающая в определенные отношения с другими ее частями. Обычно в качестве компонентов выступают подсистемы и элементы.

Подсистема — такая часть системы, которая сама образована из компонентов. Это система в системе более высокого порядка (в праве — отрасль, институт).

Элемент (конечный, неделимый, последний) — это предел членения в рамках данного качества системы, он не состоит из компонентов и представляет собой нерасчленимый далее элементарный носитель именно данного качества. Разумеется, не вообще, а в рам-

¹ См.: *Аверьянов А.Н.* Система: философская категория и реальность. М., 1976. С. 25.

² См.: *Свидерский В.И.* О диалектике элементов и структуры в объективном мире и в познании. М., 1962. С. 11; *Прохоренко В.К.* Методологические принципы общей динамики систем. Минск, 1969. С. 57–63.

³ См.: *Аверьянов А.И.* Указ. соч. С. 40.

⁴ См.: *Овчинников Н.Ф.* Принципы сохранения. М., 1966. С. 267; *Алексеев С.С.* Структура советского права. М., 1975. С. 4.

⁵ См.: *Овчинников Н.Ф.* Категория в науке о природе // Структура и формы материи. М., 1967. С. 18.

⁶ См.: *Керимов Д.А.* Указ. соч. С. 313.

ках данного качества. Членение его выводит в качественно иную систему¹.

В праве элемент — норма права. Норма права является элементом (конечным, неделимым, последним) в рамках системы права. Ее внутреннее деление нас не интересует, так как оно уже в рамках другой системы, а именно — правовой нормы как системы.

Это тем более верно, что норма права не делится на элементы в том понимании, в котором их представляет системный подход. Если система — это ограниченное множество взаимодействующих элементов, трудно сказать, какие же это элементы в правовой норме, ведь элементы должны быть одинаковыми по содержанию к объему. Трудно назвать диспозицию и санкцию элементами в общепринятом их понимании. Видимо, это деление в иной плоскости.

Однако я оставляю пока эту интересную проблему за рамками настоящей работы. Норма права с точки зрения системного подхода нуждается в самостоятельном исследовании.

В юридической литературе понятие компонента используют применительно к политической системе: «Целесообразно субстанционально однородные элементы политической системы объединить в рамках понятия «компонент». Любая система обладает только ей присущим набором компонентов, взаимодействие которых обуславливает ее качественные особенности.

Основные компоненты политической системы:

1. политическая организация общества (основные политические институты);
2. нормативная основа государственной и общественной жизни (партийные директивы, правовые нормы, политические традиции и обычаи, мораль и этика политической жизни);
3. политическая идеология;
4. каналы коммуникаций в политической сфере².

Понятие компонента целесообразно применить и к правовой системе. Ее компонентами являются право, правосознание, правоотношение и т.п.

Право в отличие от ряда других систем — это 1) гомогенная система, состоящая из однородных элементов, «норм права»; 2) упорядоченная система, для которой характерен определенный порядок расположения и связей ее элементов; 3) открытая, незавершенная (динамическая) система, которой свойственна определенная ста-

¹ Афанасьев В.Г. Системность и общество. М., 1980. С. 73–74.

² См.: Политическая система развитого социалистического общества / Васильев А.М. М., 1984. С. 46.

бильность ее элементов, предполагающая и их изменяемость. Присоединение новых элементов (норм, институтов) не превращает право в какую-то иную систему, отпадение (отмена) отдельных ее элементов не уничтожает самой системы права; 4) элементарно-автономная система: каждому ее блоку (части) — отрасли права — присущи основные свойства системы права в целом; каждый ее блок (часть) является, в свою очередь, системой (подсистемой) элементов; 5) функциональная система. Главная ее функция — регулирование общественных отношений. Право генетически и функционально зависимо и связано с реальной действительностью¹.

Решение проблемы дуализма права и других теоретических вопросов, на наш взгляд, невозможно без подхода к праву как к сложному системному образованию. В юридической литературе при разработке конкретных вопросов зачастую пренебрегают представлением о системе права не как о простой совокупности стоящих рядом отраслей, а именно как о системе с точки зрения теории систем².

Право системно по своей сути³, оно всегда было системой, и применение системного подхода в общем не является чем-то новым, вносящим кардинальные изменения в исследование права. Просто применение системных понятий может оказать методологическую помощь в смысле более четкой постановки задач исследования, более четко расставить акценты, высветить глубинные моменты взаимосвязи элементов права.

Правовая система сама находится в рамках социально-экономической системы в целом, зависит от нее и развивается с ней. Внесистемные связи права оказывают влияние на внутрисистемные и наоборот.

Право является строго формализованной, нормативной системой, характеризующейся относительной устойчивостью ее элементов. Однако право создается в результате осознания обществом и, в частности, государством потребностей общественного бытия в результате преломления этих объективных потребностей в правосознании и в правовой науке. Право само является отражением материальных отношений и должно отражать их сложность и полиструктурность. Нормы права, складываясь в действующую в данном обществе систему, также обяза-

¹ См.: *Черданцев А.Ф.* Системообразующие связи права // Советское государство и право. 1974. № 8. С. 10.

² См.: *Керимов Д.А.* Философские проблемы права. М., 1972; *Алексеев С.С.* Структура советского права. М., 1975.

³ Системность наряду с нормативностью, формальной определенностью и принудительностью, является одним из свойств права, причем именно это свойство предопределяет ценность права; оно обеспечивает организованность всей системы общественных отношений в единстве сочетании, взаимосвязи (*Алексеев С.С.* Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 22, 27; *Он же.* Структура советского права. С. 9, 72).

тельно образуют сложную и многоуровневую структуру права, которая только тогда и может регулировать все многообразие общественных отношений.

2.2. СИСТЕМА ПРАВА И СТРУКТУРА ПРАВА

Понятия «система права» и «структура права»

Основываясь на фундаментальных положениях системного подхода, попробуем сформулировать понятия «система права» и «структура права».

Приведем наиболее распространенные определения понятия «система права».

Система права есть внутреннее строение действующего в государстве права, отражающее единство составляющих его норм и их разграничение на отрасли, институты и подотрасли права¹.

Система права представляет собой совокупность действующих норм права, объединенных по институтам, подотраслям и отраслям в соответствии с характером и спецификой регулируемых ими общественных отношений².

Система права — это обусловленное объективными факторами внутреннее строение национального права, которое выражается в единстве и взаимосвязи правовых норм, объединенных в относительно самостоятельные правовые общности³.

Система права — это юридико-доктринальная категория и конструкция, которая включает в себя нормы права и объединяющие их правовые институты и отрасли права⁴.

Правовая система в узком смысле (под ней С.Г. Дробязко и В.С. Козлов понимают систему права) представляет собой закономерно связанную целостность всех правовых норм, форм их выражения (источников), институтов и отраслей, предназначенных для упорядочения общественных отношений с целью обеспечения социального прогресса⁵.

¹ См.: Байтин М.И. Сущность права (современное нормативное понимание на грани двух веков). 2-е изд. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 281.

² См.: Сырых В.М. Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: Юстицинформ, 2007. С. 240.

³ См.: Теория государства и права: Учебник / Под ред. Р.А. Ромашова, В.П. Сальникова. 2-е изд. Т. 2. СПб.: Фонд «Университет», 2010. С. 87 (автор главы — Е.Г. Шукшина).

⁴ См.: Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: Учебник для юрид. вузов и факультетов. М.: Норма, 2000. С. 430.

⁵ См.: Дробязко С.Г., Козлов В.С. Общая теория права: Учеб. пособие для вузов. Минск: Амалфея, 2005. С. 253.

Можно привести еще много различных определений. Но я не буду этого делать, так как большинство авторов сводят понятие системы к внутреннему строению права или к совокупности правовых норм. Детальный обзор литературы провел А.Н. Чашин, который поместил в своей книге определения понятия «система права», данные двадцатью двумя авторами¹.

Некоторые авторы отдают предпочтение термину «структура права». В частности, как пишет С.С. Алексеев, структура системного объекта предстает в виде его строения, выражающего прежде всего состав, «набор» компонентов, частей данного образования.

Эта начальная фаза исследования структуры системного объекта для юридической науки представляется настолько существенной, что в правоведении в соответствии с его теоретико-прикладной направленностью понятие «структура» прежде всего охватывает строение права.

Структура права при такой трактовке выражается в первую очередь в реальной внутренней расчлененности конкретной национальной правовой системы, дифференцированности, «наборе» ее составных компонентов — отраслей, институтов, норм, их элементов². Термин «система права» С.С. Алексеев тоже использует. Но не совсем понятно, как этот термин соотносится с термином «структура права». Так, в последней работе автор практически ставит знак равенства между понятиями «система отраслей права» и «система права»³. Но что такое система права, С.С. Алексеев не объясняет.

Упор на понятие структуры делает и А.В. Мицкевич. Он говорит о структуре системы права и законодательства. По его мнению, структурный элемент правовой системы всякого государства состоит в том, что все правовые нормы, входящие в действующее, позитивное право, составляют единое целое (действующее право в целом), разделяемое по содержанию различных норм на соответствующие взаимосвязанные части структуры права и законодательства. Разделение права на отрасли, институты, иные структурные элементы по предмету и методу регулирования представляет собой основную, главную юридическую структуру предметной дифференциации права и законодательства⁴.

¹ См.: Чашин А.Н. Теория юридической систематизации. М.: Дело и Сервис, 2010. С. 8—11.

² См.: Алексеев С.С. Структура советского права. М.: Юрид. лит., 1975. С. 17—18. См. также: Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 248—254; Он же. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2001. С. 63—69.

³ См.: Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. С. 66.

⁴ См.: Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2001. С. 328—329.

Таким образом, единства и четкости в определении понятий «система права» и «структура права» нет. Вряд ли правильно понимать систему права как внутреннее строение права, так как тогда неясно, что же такое структура права. Нельзя согласиться и с определением системы права как совокупности норм права. Тогда что такое право? Мы его определили как систему (или совокупность) норм права, ведь система есть не что иное, как упорядоченная совокупность.

Можно согласиться с С.С. Алексеевым и А.В. Мицкевичем, которые строение права выражают через понятие «структура права». Но у них маловыразительным и непонятным становится понятие «система права».

Более приемлемым выглядит определение С.Г. Дробязко и В.С. Козлова: «закономерно связанная целостность всех правовых норм». Правда, они включили в него и источники права, что относится к системе законодательства. Но тоже не совсем понятно, что такое эта целостность. Авторы этого не объяснили.

Представляется, что при определении системы и структуры права надо, во-первых, исходить из положений системного подхода, во-вторых, из того, что такие понятия, как «право как система», «система права», «структура права», «правовая система», при всей их близости все же разные понятия.

Термин «право как система» относится не к понятию системы права, а к понятию права. С помощью этого термина выражается такой существенный признак права, как его системность. Право является системой и ничем иным быть не может, ибо тогда оно уже не будет правом. Право всегда системно, и термин «право как система» выражает именно эту сторону сущности права.

Термин «система права» определяет, каким именно образом выражается эта системность права. Для того чтобы право было системой, необходимо, во-первых, отграничить его от других взаимосвязанных систем и, во-вторых, показать взаимодействие элементов системы права.

Я уже писал выше, что можно принять за основу определение системы как отграниченного множества взаимодействующих элементов (А.Н. Аверьянов). Если применить это определение к праву, то систему права можно определить как отграниченное множество взаимодействующих правовых норм.

Структура права — это способ связи правовых норм как элементов системы права, внутренняя организация системы права, отражающая единство составляющих право норм и их разграничение на институты и отрасли права.

Иерархия уровней системы и иерархия структур системы. Наиболее важными положениями системных представлений, которые могут

дать новые знания о праве, являются, на мой взгляд, положения об иерархии уровней системы и об иерархии структур системы.

Иерархия уровней системы заключается в том, что данная система включается в более широкую систему, которая тоже имеет свои элементы, иерархию структур, функции. В свою очередь, эта более широкая система входит в систему, охватывающую еще больше предметов и явлений и т.д.

Каждый компонент системы, в свою очередь, объективно является системой, состоящей из соответствующих элементов, имеющих свои структуры, функции и т.п.¹

Иерархия структур системы заключается в том, что любая система может быть разбита на элементы самым различным образом. Каждой такой совокупности элементов соответствует своя совокупность связей, т.е. своя структура предмета как системы. Таким образом, каждая система объективно имеет множество структур, например, пространственную, временную и т.д. Все структуры системы объективно взаимосвязаны друг с другом, образуя иерархию структур системы².

Отправляясь от положения об иерархии уровней системы, можно в системе права выделить элемент (первичное звено) — норму и компоненты — нормы, институты и отрасли права, которые выступают подсистемами. При этом институты могут быть более широкими системами, включающими в себя другие институты. Институты, в свою очередь, включают еще более мелкие институты и т.д., вплоть до нормы права.

Наличие иерархии структур системы позволяет выделить в системе права наряду с основной структурой права комплексные отрасли (предпринимательское, экологическое, информационное право и т.п.) и другие комплексные образования (институт предпринимательского договора, договора услуг и т.п.).

Иерархия структур системы. Комплексные отрасли. Раньше сторонников существования комплексных отраслей права можно было пересчитать по пальцам (В.К. Райхер, С.С. Алексеев, Ю.К. Толстой). М.И. Козырь в то время начал развивать эту идею применительно к сельскохозяйственному праву. Я применял идею комплексных образований к институту права. Однако даже при изучении материалов дискуссии о системе права 1982 г.³ я с удивлением обнаружил, что больше половины участников поддерживали идею комплексных образований, другие в той или иной степени обращались к этой идее с целью ниспровержения или одобрения. Как отмечали некоторые участники

¹ См.: *Калошин П.И.* Системный подход и познание объекта как целого: Автореф. дисс. ... канд. филос. наук. Ташкент, 1980. С. 610.

² Там же.

³ Советское государство и право. 1982. № 6—8.

дискуссии, идея комплексных образований — наиболее кардинальное и перспективное направление развития системы права.

Гораздо больше сторонников комплексных образований в праве стало в настоящее время. Многие представители отраслевых наук заявляют о возникновении или наличии комплексных отраслей права (банковское, страховое, земельное и т.п.). Широкое развитие получила идея межотраслевого комплексного института. Во многих учебниках по теории права поддерживается идея о комплексных образованиях в праве.

На мой взгляд, эта идея доказала свою жизненность и является единственно верной. С ее помощью мне удалось, например, найти приемлемое решение проблемы предпринимательского договора и его классификации.

Регулятивная и охранительная подсистемы. Еще одной структурой в системе права является, по-видимому, структура, где главными подсистемами являются регулятивная и охранительная.

С.С. Алексеев рассматривает эту структуру в качестве идеальной, которая характеризует не сам по себе состав реальных компонентов права, прежде всего в их композиции, их скелет, законы связи¹.

А.А. Ушаков рассматривает регулятивную и охранительную подсистемы как реальную структуру, но включает их в основную структуру. Эти подсистемы он характеризует в качестве исходных подразделений главной структуры, которые, в свою очередь, разбиваются на единицы, которые могут быть названы отраслями, а последние — на подотрасли, институты².

П.Б. Евграфов считает, что этим двум реально обособленным подсистемам соответствует деление на материальное и процессуальное право³.

По-видимому, верной является мысль, что данная структура не является идеальной. Она реально существует в системе права. Однако нельзя связывать ее напрямую с существующими отраслями права, последние нельзя расположить в рамках данной структуры. Существуют, в частности, отрасли (гражданско-правовая, административно-правовая и т.п.), которые включают в себя и регулятивную, и охранительную подсистемы.

Более правильным представляется расположение этой структуры в иной плоскости, чем деление на отрасли права, тогда это будет еще одна параллельная, дополнительная структура в системе права.

¹ См.: Алексеев С.С. Структура советского права. М.: Юрид. лит.-ра, 1975. С. 32—33; Он же. Общая теория права. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1981. С. 260—261.

² Ушаков А.А. Содержание и форма в праве и советское правотворчество: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. Свердловск, 1970. С. 24—25.

³ См.: Советское государство и право. 1982. № 6. С. 86.

Выделение такой структуры соответствует в целом классификации правовых норм и структуре правовой нормы. При всей спорности структуры правовой нормы (или трехчленная — гипотеза, диспозиция, санкция, или двухчленная), в ней все же явственно вырисовывается регулятивное начало, с одной стороны, и охранительное — с другой. Соответствует такое выделение и классификации правоотношений на регулятивные и охранительные¹.

Выделение такой структуры соответствует в общем основным функциям права (регулятивной и охранительной).

В рамках этой структуры возможно формирование, например, института ответственности как общеправового института², включающего в себя целые отрасли и институты ряда отраслей права.

Иерархия уровней системы. Вертикальная структура. Выделение комплексных образований выступает как проявление иерархии структур системы. Однако существует еще иерархия уровней системы. Поэтому в праве, как в любой системе, должна быть не только горизонтальная (структура по отраслям права), но и вертикальная структура. Не так много можно назвать работ, в которых исследуется вертикальная (и федеративная, в частности) структура права³.

Правовая система федеративных стран в отличие от правовой системы унитарных государств состоит из связанных между собой правовых ярусов, так называемых правовых этажей (уровней), образующих известное единство нормативного правового массива по вертикали⁴.

Наличие вертикальной структуры в литературе признается только применительно к системе законодательства. Здесь обычно выделяются иерархическая, отраслевая и федеративная структуры законодательства⁵.

Однако в системе права наличие федеративной и иерархической структур отрицается. Делается это на том основании, что системы

¹ См.: *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966. С. 140.

² См.: *Базылев Б.Т.* Юридическая ответственность. Красноярск, 1985.

³ См.: *Королев А.А.* О понятии сущности, содержания и формы государства и права // Правоведение. 1973. № 4; *Ушаков А.А.* О функциональной и федеративной структуре системы общенародного права // Учен. записки Перм. ун-та. 1973. № 284; *Алексеев С.С.* Структура советского права. М., 1975. С. 26; *Королев А.И., Ушаков А.А.* О некоторых особенностях становления и развития системы советского права // Советское государство и право. 1974. № 10. С. 120; Российское законодательство: проблемы и перспективы. М., 1995. С. 21–29, 105–107, 123–134; Проблемы общей теории права и государства / Под общ. ред. В.С. Нерсисянца. М.: Норма, 2001. С. 330–331.

⁴ См.: *Ашихмин А.А.* Особенности структуры права в социалистических федерациях // Советское государство и право. 1980. № 5. С. 25.

⁵ См.: *Поленина С.В.* Теоретические проблемы системы советского законодательства. М., 1973. С. 36–85; *Лукьянов А.И., Шебанов А.Ф.* Система права в Советском союзном государстве // Советское государство и право. 1971. № 9. С. 35–43.

права и законодательства — разные системы. Система права объективна, а система законодательства субъективна. И хотя система законодательства является внешней формой системы права, форма может не совпадать с содержанием. Поэтому в системе права есть только горизонтальные структуры, а в системе законодательства еще и вертикальные (федеративная, иерархическая)¹.

Я, однако, исхожу из неразрывного единства системы права и системы законодательства и имею свое понимание объективного в праве. Поэтому считаю, что вертикальная структура присутствует не только в системе законодательства, но и в системе права.

2.3. СИСТЕМА ПРАВА И ПРАВОВАЯ СИСТЕМА: СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ

В понятие «правовая система» различные авторы вкладывают разный смысл. Многие понимают правовую систему как систему правовых норм, т.е. как право в собственном смысле слова².

Встречается понимание правовой системы как правовых норм и правоотношений в их взаимосвязи³, как законодательства и практики его применения⁴, как способа юридического воздействия на общественные отношения⁵.

Другие понимают правовую систему шире, чем нормы. Но это следует у них из более широкого понимания права. Т.е. они опять-таки исходят из понятия права в собственном смысле. Так, Рене Давид, автор капитального труда об основных правовых системах, считая основной частью права ту, что состоит из правовых норм, все же право понимает шире, включает сюда, в частности, доктрины (право создается в университетах), обычаи, суд, практику и высшие принципы⁶.

Правда, Р. Давид использует термины в ином смысле.

¹ См., например, *Горшенев В.М., Поленина С.В., Пиголкин А.С., Сырых В.М.* Рецензия на книгу С.С. Алексеева // Советское государство и право. 1971. № 2. С. 143.

² См., например, *Явич Л.С.* Общая теория права. Л., 1976. С. 125–131; *Керимов Д.А.* Философские проблемы права. М., 1972. С. 278 и др.; *Кудрявцев В.И.* Правовая система и укрепление социалистического общества // Коммунист. 1981. № 9. С. 62.

³ См.: *Назаров Б.Л.* Право в системе социальных связей. М., 1976. С. 175 и гл. VI.

⁴ См.: Судебная практика в советской правовой системе. М., 1975. С. 68; *Тихомиров Ю.А.* Публичное право: Учебник. М.: БЕК, 1995. С. 211.

⁵ См.: *Тихомиров Ю.А.* Правовая система развитого социалистического общества // Советское государство и право. 1979. № 7. С. 33.

⁶ См.: *Давид Р.* Основные правовые системы современности. М., 1967. С. 35, С. 121–122, 151–152 и др.

Он пишет: «Каждое политическое общество мира имеет свое собственное право. Кроме того, нередко бывает, что внутри одного и того же государства сосуществует несколько правовых систем. Так, например, в США, в ФРГ, в Швейцарии наряду с федеральным правом существует право отдельных штатов, земель, кантонов. Эта множественность права характерна не только для федеративных государств; в старой Франции было огромное количество кутюмов, партикулярное право существовало в Каталонии и Арагоне наряду с общим правом Испании; в Англии шотландское право отличается от английского...

Те несколько типов, к которым можно свести существующее право, иногда называют системами права. Этот термин не очень удачен, так как его более правильно применять в совсем другом смысле, а именно для обозначения комплекса отраслей, которые в данной стране образуют национальное право. Терминологией, на наш взгляд, более удачной, хотя и менее приемлемой, является выражение «семьи правовых систем»¹.

Таким образом, применительно к национальному праву Р. Давид применяет понятия «правовая система», а также «система права» (когда, видимо, право рассматривается более узко, только в разрезе комплекса отраслей, т.е., по существу, норм). А применительно к типу правовой системы используется термин семьи правовых систем:

1. романо-германская правовая семья;
2. семья общего права (common law);
3. семья социалистических правовых систем;
4. философские или религиозные системы (мусульманское право, индусское право, иудейское право).

Отдельно он выделяет традиционное право (право Дальнего Востока, Черной Африки и Мадагаскара, которые входят в одну из первых трех семей²).

Я не буду рассматривать вопрос о видах и критериях классификации правовых семей. Это отдельная тема исследования, и по ней существует огромный объем литературы³.

¹ См.: Давид Р. Указ. соч. С. 38–47.

² Там же. С. 34–35.

³ См., например: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Межд. отн., 1996; Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности. Ташкент, Изд. «Фан» Узб. ССР, 1988; Он же. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник. М., Юристъ, 2000; Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М.: Норма, 1996; Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть: Учебник для юрид. вузов. М.: Зерцало, 2001; Он же. Проблемы теории государства и права: Учебник М.: ТК «Велби», Проспект, 2007. С. 346–404; Леже, Раймон. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М.: Волтерс Клувер, 2009; Дробяз-

Резко против различия понятий «система права» и «правовая система» выступил В.С. Нерсисянц. Причем он считает, что такое разграничение возникло из-за неправильного перевода на русский язык Р. Давида. Он пишет: «В нашей современной учебной литературе в целом принята классификация «правовых семей» Р. Давида. Но имеются и определенные отличия. Так, если у Р. Давида «правовая семья» — это «семья систем права», то в нашей литературе под «правовой семьей» имеется в виду «семья правовых систем». Это получилось в результате русского перевода работы Р. Давида: слова «система права» переведены в виде «правовой системы». Под влиянием такого перевода многие авторы стали толковать понятия «система права» и «правовая система» в качестве различных правовых категорий, рассматривая «правовую систему» как некое более широкое правовое явление, чем традиционное понятие «система права». Под «правовой системой» (применительно к отдельному национальному праву) стали понимать совокупность всех правовых явлений и понятий, т.е. фактически все то, что в марксизме называется «юридической надстройкой», возвышающейся над «экономическим базисом». Некоторые стали говорить о «правовой системе в широком смысле» (т.е. в смысле «правовой семьи» у Р. Давида), которая объединяет несколько «правовых систем в узком смысле» (т.е. в смысле отдельного национального права)».

Подобные трактовки «правовой системы» в качестве какого-то нового правового понятия, охватывающего все право (все правовые феномены и категории), по существу означают подмену общего понятия права неким довольно условным (и во многом — случайным) словосочетанием «правовая система». Попытки такой подмены, начавшиеся еще в советские времена, преследовали цель под ширмой новых словообразований сохранить существо официального советско-легистского правопонимания и с помощью подобных словесных новаций всячески противодействовать уже формировавшемуся в нашей науке юридическому (антилегистскому и антипозитивистскому) правопониманию¹.

Против разграничения понятий «система права» и «правовая система» выступили С.Г. Дробязко и В.С. Козлов. Они считают, что понятие «правовая система» не новое понятие. Оно употреблялось и ранее, в частности, Д.А. Керимовым², Л.С. Явичем³ и др.

ко С.Г., Козлов В.С. Общая теория права: Учеб. пособие для вузов. Минск: Амалфея, 2005. С. 246–283; Сырых В.М. Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: Юстицинформ, 2007. С. 594–621.

¹ См.: Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства: Учебник для юрид. вузов и факультетов. М.: Норма, 2000. С. 449–450.

² См.: Керимов Д.А. Указ. соч. С. 13.

³ См.: Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976. С. 126.

Однако С.Г. Дробязко и В.С. Козлов считают, что надо выделять понятия «правовая система» в широком и узком смыслах¹.

Понятие «правовая система» в широком смысле определяется С.Г. Дробязко и В.С. Козловым как закономерно связанная целостность устойчивого правосознания, всех правовых норм, форм их выражения (источников) и их реализации, а также правотворческих, правоустановительных и правореализующих процедур, обеспечивающих регулирование общественных отношений по пути прогрессивного их развития².

Нетрудно заметить, что правовая система в узком смысле — это система права, а правовая система в широком смысле — это правовая система.

М.И. Байтин определяет правовую систему как совокупность внутренне организованных и взаимосвязанных, социально однородных и устремленных, в конечном счете, к общим целям правовых явлений данного общества, каждое из которых выполняет свою специфическую роль в правовом регулировании или выходящем за его пределы правовом воздействии на общественные отношения³.

Говоря о структуре правовой системы, М.И. Байтин выделяет три подхода к определению этой структуры, существующих в юридической литературе.

Первый подход — узкий.

В число компонентов правовой системы Ю.А. Тихомиров включает цели и принципы правового регулирования, основные разновидности правовых актов и их объединения, системообразующие связи всех элементов правовой системы⁴.

Л.С. Явич практически свел правовую систему к пирамиде из структурированных правовых норм, т.е. он отождествляет правовую систему и систему права⁵.

Второй подход я бы назвал широким и более-менее верным. При таком подходе в число элементов правовой системы включаются практически все правовые явления.

С.С. Алексеев включает в состав элементов правовой системы собственно право как особое институциональное нормативное образование,

¹ См.: Дробязко С.Г., Козлов В.С. Общая теория права: Учеб. пособие для вузов. Минск: Амалфея, 2005. С. 247–253.

² См.: Дробязко С.Г., Козлов В.С. Указ. соч. С. 253.

³ См.: Байтин М.И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). 2-е изд. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 183.

⁴ См.: Тихомиров Ю.А. Правовая система развитого социалистического общества // Советское государство и право. 1979. № 7. С. 33.

⁵ См.: Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1979. С. 126 и сл.

судебную и иную юридическую практику, правовую идеологию, правотворческую и правоприменительную деятельность компетентных органов, всю совокупность правовых актов — документы, индивидуальные правовые предписания, правоотношения (субъективные права и обязанности, юридические санкции)¹.

По мнению В.Н. Кудрявцева, А.М. Васильева, В.П. Казимирчука, в состав элементов включаются правовые нормы, институты и принципы, юридические учреждения, правовое сознание, правовая культура, правотворчество, правореализация в формах применения, использования, соблюдения и исполнения права, правопорядок².

И.И. Матузов в состав правовой системы включает право, правотворчество, правосудие, юридическую практику, нормативные, правоприменительные и правотолкующие акты, правоотношения, субъективные права и обязанности, правовые учреждения (суды, прокуратура, адвокатура), законность, ответственность, механизм правового регулирования, правосознание и др.³

По мнению Г.И. Муромцева, в отличие от «внутриправовых» системных образований, состоящих из однородных элементов (правовых норм, источников права и т.д.), правовая система включает в себя разнородные элементы. Это, в частности, следующие элементы: 1) доктринально-философский, или идеологический (правопонимание, понятия и категории права и т.д.); 2) нормативный, т.е. совокупность действующих в обществе правовых норм; 3) институционный, т.е. юридические учреждения, правотворческие и правоприменительные; 4) социологический, т.е. правоотношения, применение права, юридическая практика⁴.

В.М. Сырых пишет, что понятие «национальная правовая система» является одним из наиболее широких по содержанию правовых понятий и включает в себя всю без какого-либо исключения совокупность правовых явлений и процессов, действующих в какой-либо отдельно взятой стране. Национальная правовая система понимается им как исторически сложившаяся совокупность норм права отдельной страны, а также используемые в этой стране механизмы правотворчества, право

¹ См.: *Алексеев С.С.* Право и правовая система // Правоведение. 1980. № 1. С. 31; *Он же.* Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 86—91.

² См.: *Правовая система социализма* / Под ред. А.М. Васильева. Кн. 1. М., 1968. С. 38—44; См. также: *Кудрявцев В.Н.* Правовая система и укрепление социалистического общества // Коммунист. 1981. № 9. С. 69—79.

³ См.: *Теория государства и права: Курс лекций* / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 1997. С. 159; *Матузов Н.И.* Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 25.

⁴ См.: *Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов* / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2001. С. 281.

реализации государственного принуждения, призванные обеспечить надлежащие функционирование и совершенствование действующих норм права¹.

М.И. Байтин, соглашаясь с тем, что к правовой системе следует относить только правовые явления, не считает возможным включать в состав ее элементов правовые учреждения, так как это компоненты не правовой, а политической системы общества. К правовой системе относится деятельность этих учреждений².

Третий подход можно назвать безграничным. Его сторонники включают в правовую систему не только правовые явления, но и историко-политические, социально-культурные, национально-духовные и иные.

Например, В.И. Синюков включает в правовую систему структуру юридических, в том числе правоохранительных ведомств и организаций; региональную и местную правовую инфраструктуру; надзорную и контрольную подсистему; систему профилактики правонарушений и социальный контроль; систему правового информирования и правовых коммуникаций; организацию юридической реабилитации правонарушителей; инфраструктуру обеспечения прав человека; систему юридического образования, переподготовки и повышения квалификации кадров; «мозговые центры» генезиса, воспроизводства и хранения правовой идеологии (НИИ, центры, фонды, культурные сообщества юристов и т.д.)³.

Из перечисленных точек зрения мне представляется правильным второй подход, а также мнение М.И. Байтина. На мой взгляд, все правовые явления, за исключением правовых учреждений («за исключением» не совсем точно, так как правовые учреждения относятся не к правовой, а к политической системе), включаются в правовую систему.

Поэтому встает вопрос о соотношении понятия «правовая система» с понятиями «правовая надстройка» и «механизм правового регулирования».

Надстройка — парная категория по отношению к базису, поэтому в это понятие включаются небазисные идеологические явления общества: духовная сфера, реальные общественные отношения и соответствующие им учреждения⁴.

Отличие правовой системы от правовой надстройки пытаются проводить по элементному составу, а следовательно, и по объему. В част-

¹ См.: *Сырых В.М.* Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: Юстицинформ, 2007. С. 595, 597.

² См.: *Байтин М.И.* Указ. соч. С. 186–187.

³ См.: *Синюков В.Н.* Российская правовая система. Саратов, 1994. С. 164–165.

⁴ См.: *Тиунова Л.Б.* О понятии правовой системы // Правоведение. 1985. № 1. С. 24.

ности, С.С. Алексеев отмечает, что по объему они почти совпадают, но в правовую надстройку включаются также негосподствующая правовая идеология, все формы и проявления правосознания — противоборствующая действующей правовой системе часть надстройки¹.

Однако правовая система общества в целом не может быть ограничена лишь явлениями, соответствующими одному конкретному классу. Тогда она будет не правовой системой общества, а только правовой системой господствующего класса.

Н.И. Матузов, наоборот, понимает правовую систему шире, чем надстройку. В последнюю, по его мнению, включаются только взгляды и учреждения, а правовая система — это еще отношения, правовые состояния, режимы, процессы, статуты².

Наиболее верным представляется такое решение проблемы, когда правовая система и правовая надстройка признаются совпадающими по объему и элементному составу. Но соотношение проводится не всегда верно. Л.Б. Тиунова различает их по аспектной нагрузке: они отражают различные аспекты одного и того же момента реальности, а также неодинаковый уровень проникновения в нее³.

Дальше Л.Б. Тиунова путано и сложно объясняет, чем же различаются правовая система и правовая надстройка и почему правовая система проникает глубже в правовую действительность.

Однако все это можно представить гораздо проще и не доказывать, что это различные явления и прочее, если мы признаем, что правовую систему нельзя рассматривать наряду с правовой надстройкой — это системное качество правовой надстройки. Правовая система выражает качественную определенность правовой надстройки. Ее системное качество позволяет соотнести с другими системами, в особенности с другими нормативными системами общества.

Правовая система состоит из компонентов (подсистем):

1. система права — содержательный компонент правовой системы;
2. правосознание (правовая идеология и правовая психология, индивидуальное и общественное сознание) несет функциональную нагрузку, информационный и аксиологический аспекты;
3. правовая деятельность — правотворчество (создание права), реализация или применение права и его толкование.

С точки зрения формы правовая деятельность понимается как сфера правоотношений. Она обеспечивает функционирование правовой

¹ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 91.

² См.: Матузов Н.И. Правовая система развитого социализма // Советское государство и право. 1983. № 1. С. 18.

³ См.: Тиунова Л.Б. О понятии правовой системы // Правоведение. 1985. № 1. С. 27–28.

системы, отражает ее динамический аспект. Правовая система, рассмотренная с точки зрения своего функционирования, охватывается понятием «механизм правового регулирования». Именно в раскрытии динамического функционального аспекта правовой системы в целом и заключается основная смысловая и целевая нагрузка данной категории. Существование любой социальной системы предполагает наличие ее основной задачи, т.е. достигает определенной цели.

Правовая система обеспечивает в обществе государственное регулирование общественных отношений¹.

По С.С. Алексееву, механизм правового регулирования — понятие столь же широкое, как и правовая надстройка. Оно включает в себя все существующие в данном обществе правовые явления, но характеризует их в процессе функционирования, т.е. не в статичном, а в динамичном виде².

«Правовая система — неоднородная целостность социальных элементов, характеризуется гетерогенностью, относительной стабильностью. Как открытая система, она развивается за счет движения правосознания и изменения правовых норм. Ее связь с внешней средой (обществом в целом) осуществляется через правосознание и правовую практику. Внешние импульсы реализуются в характере регулирования общественных отношений или в обновлении правовых норм. На выходе правовой системы эти импульсы преобразуются в общественные отношения, соответствующие правовым нормам и принципам, т.е. достигается общая цель системы — правовое регулирование»³.

Термин «правовая система» не отменяет и не заменяет других юридических терминов, не является синонимом, а несет самостоятельную научную нагрузку, обозначая понятие, синтезирующее на новом уровне объяснение единства всех правовых явлений общества. Этот термин тесно связан с другими правовыми категориями — правовой надстройкой, механизмом правового регулирования, наконец, правом. Трудно провести различие между правовой надстройкой и правовой системой по объему понятий. Однако теоретическая нагрузка и назначение у них разные. Категория правовой надстройки раскрывает местоположение правовых явлений в общей системе общества, прежде всего в отношении экономического базиса. Понятие же правовой системы служит главным образом для выражения внутренних связей правовых явлений, их организации, структуры. Также мало различаются по объему понятия «механизм правового регулирования» и «правовая система».

¹ Там же. С. 29.

² Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2. М., 1981. С. 91.

³ Тиунова Л.Б. Указ. соч. С. 28.

Но у них различное назначение: в понятии правовой системы выражается в первую очередь целостность и взаимосвязь соответствующих элементов, а в понятии механизма правового регулирования акцентируется внимание на функциональной стороне, процессе регулирования общественных отношений¹.

¹ См.: Кудрявцев В.Н., Васильев А.М. Право: развитие общего понятия // Советское государство и право. 1985. № 7. С. 12.

ГЛАВА 3. СИСТЕМА ПРАВА И СИСТЕМА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

3.1. ОБЪЕКТИВНОЕ И СУБЪЕКТИВНОЕ В ПРАВЕ

В советской литературе велись ожесточенные дискуссии о системе советского права, и в частности, об объективности системы права, о том, что система права выступает «явлением объективного мира».

Это мнение было высказано рядом авторов¹ и обстоятельно разработано С.С. Алексеевым². Оно было признано обоснованным и в ходе состоявшейся на страницах журнала «Правоведение» дискуссии об объективном и субъективном в праве³.

Проблема объективного в праве рассматривалась в двух аспектах. В плоскости соотношения общественного бытия и общественного сознания, материального и идеального в рамках основного гносеологического вопроса право, безусловно, должно рассматриваться как субъективное. Право представляет собой субъективный фактор общественного развития, относится к надстроечным явлениям, производным, вторичным, находящимся в зависимости от общественного бытия. Это положение является решающим и исходным при анализе объективного в праве.

Вместе с тем существует и второй аспект объективного в праве. Право само можно рассматривать как специфическую объективную реальность по отношению к индивидуальному сознанию, правосознанию,

¹ См., например: *Братусь С.Н.* Юридические лица в советском гражданском праве. М.: Госюригиздат, 1947. С. 15; *Александров Н.Г.* Сущность права. М.: Госюригиздат, 1950. С. 38; *Явич Л.С.* Советское право — регулятор общественных отношений в СССР. Душанбе, 1957. С. 7; *Строгович М.С.* Уголовно-процессуальное право в системе советского права // Советское государство и право. 1957. № 4. С. 85; *Шаргородский М.Д., Иоффе О.С.* О системе советского права // Советское государство и право. 1957. № 6. С. 103–104; *Витрук Н.В.* К вопросу об объективном и субъективном праве и о понятиях «объективное право» и «субъективное право» // Вопросы советского государства и права. Томск, 1966. С. 4; *Керимов Д.А.* Категории возможности и действительности в праве // Советское государство и право. 1968. № 8. С. 13.

² См.: *Алексеев С.С.* О теоретических основах классификации отраслей советского права // Советское государство и право. 1957. № 7. С. 99–100; *Он же.* Общие теоретические проблемы системы советского права. М.: Госюригиздат, 1961. С. 8–9, 53, 58; *Он же.* О материалистическом подходе к системе советского права // Правоведение. 1961. № 3; *Он же.* О понятии права // Правоведение. 1970. № 1; *Он же.* Объективное в праве // Правоведение. 1971. № 1. С. 113–134; *Он же.* Социальная ценность права в советском обществе. М.: Юрид. лит., 1971. С. 62–72; *Он же.* Проблемы теории права. Курс лекций. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 65–67.

³ См.: Правоведение. 1970. № 6; 1971. № 1, 2, 4, 5; 1972. № 2, 3, 4, 5; 1973. № 1, 2; 1974, № 1.

науке, морали и иным формам общественного сознания. При этом следует исходить из относительности и изменчивости самих понятий «объективное» и «субъективное», а также их соотношения¹.

Признание права объективным может быть произведено только после того, как оно в рамках основного гносеологического вопроса уже отнесено к сфере субъективного.

Поэтому опровергались утверждения, например, Н. Полянской и Р.Д. Сапир, что «признание права объективной реальностью нарушает основополагающее положение материализма о первичности материального, объективно реального и вторичного идеального, субъективного»². Никто и не пытается отождествлять право с материальным, общественным бытием. Объективное и субъективное в праве во втором аспекте выявляется при сопоставлении права не с общественным бытием, а с другими явлениями общественной жизни.

Право, как писал С.С. Алексеев, представляет собой такое социальное явление, которое как бы отделяется от сознания индивидов, получает относительно независимое от них существование.

С.С. Алексеев рассматривал право как «наличную действительность», независимую от сознания людей, в том числе и тех лиц, которые участвовали в его подготовке, формулировании и издании³.

В философской литературе был сделан вывод о подвижности граней между объективным и субъективным. «В своей практической деятельности общество раскрывается как единство объективных и субъективных сторон. Отношения между этими сторонами весьма подвижны»⁴. «При смене позиций анализа непрерывно происходит субъективизация части явлений, которые раньше выступали как объективные, и наоборот, объективизация субъективного». Если анализировать явление с позиции «вне меня», то классовые организации, политика и т.д. выступают как объективное. При переходе же ко второму аспекту анализа «вне класса» — это уже субъективное. То же самое имеет место при переходе к позициям «вне нации», «вне страны», «вне общества»⁵.

¹ Подробнее см.: Алексеев С.С. Объективное в праве // Правоведение. 1971. № 1. С. 112–118; *Он же*. Социальная ценность права в советском обществе. М.: Юрид. лит., 1971. С. 62–66.

² См.: Полянская Г.Н., Сапир Р.Д. Еще раз о соотношении объективного и субъективного в праве // Правоведение. 1972. № 4. С. 104; см. также: *Они же*. Соотношение объективного и субъективного в праве // Советское государство и право. 1969. № 6.

³ См.: Алексеев С.С. Объективное в праве // Правоведение. 1971. С. 113; *Он же*. Социальная ценность права в советском обществе. М.: Юрид. лит., 1971. С. 63.

⁴ См.: Чагин Б.А. Субъективный фактор. Структура и закономерности. М.: Мысль, 1968. С. 15.

⁵ См.: Дроздов А.Г. О содержании категорий «объективное» и «субъективный фактор» и «объективные условия», «субъект» и «объект» // Дialeктика объективного и субъективного в развитии социалистического общества. М.: Мысль, 1970. С. 236.

Сама объективность системы права в литературе понималась по-разному.

Представители так называемой объективной теории (по выражению В.К. Райхера) из того факта, что система права представляет собой объективное структурное качество действующего в данном обществе права, делали вывод, что систему права нельзя построить, она существует объективно, вне сознания людей, ее можно только познать и использовать¹.

Другие (субъективная теория) считали, что система права есть результат систематизации правовых норм, но разумеется, не произвольной, а общественно обусловленной и научно обоснованной. Поэтому задачей правовой науки и законодательства является построение теоретически и практически обоснованной системы права².

Обе теории, как правильно отметил В.К. Райхер, страдали односторонностью, правильным в одном и неправильным в другом.

Сторонники объективной теории применительно к системе права почему-то отступали от своего же понимания объективности права. Ведь право, так же как и систему права, можно признать объективным только после отнесения его в рамках основного гносеологического вопроса к сфере субъективного. А когда мы говорим, что систему права нельзя построить, ее можно только познать, что она существует вне сознания людей, получается понимание объективности системы права, близкое к первому аспекту понимания объективного, когда объективное рассматривается как синоним материального. Между тем, право является объективным только по отношению к индивидуальному сознанию, морали и другим формам общественного сознания. Поэтому когда мы сравниваем общественное бытие и общественное сознание, система права выступает как субъективное, когда мы сравниваем общественное и индивидуальное сознание, система права выступает как объективное³.

¹ Шаргородский М.Д., Иоффе О.С. Указ. соч. С. 103; Павлов И.В. Система советского социалистического права // Советское государство и право. 1958. № 11. С. 5–6; Иоффе О.С. Понятие и система хозяйственного законодательства // Систематизация хозяйственного законодательства. Гл. 2. М., 1971. С. 56–57; Керимов Д.А. Философские проблемы права. М., 1972. С. 278–288; Красавчиков О.А. Система права и система законодательства (гражданско-правовой аспект) // Правоведение. 1975. № 2. С. 63–64; Алексеев С.С. признает, что формула «построение правовой системы» в общем имеет право на существование (см. Структура советского права. С. 81).

² См.: Корнеев С.М. Вопросы построения системы советского права // Правоведение. 1963. № 1. С. 17; Шейндлин Б.В. Объективное и субъективное в праве // Правоведение. 1961. № 4. С. 125; Общая теория государства и права / Авт. кол.: Д.А. Керимов, Г.Б. Гальперин, В.С. Петров и др.; Отв. ред. Д.А. Керимов и др. Л.: Изд. ЛГУ, 1961. С. 477–478.

³ См.: Павлов И.В. Указ. соч. С. 5–6.

Нельзя доказывать объективность системы права тем, что она обусловлена объективными общественными отношениями, что она складывается не по произвольному усмотрению людей, а предопределена характером общественных отношений, которые эту систему обуславливают и к регулированию которых, в свою очередь, призваны ее нормы.

Предопределенность характером общественных отношений означает только то, что система права является отражением этих объективных отношений, она выражает их и именно поэтому выступает как субъективное. Причем выражает она их по-разному.

В настоящее время о системе права как об объективной реальности уже практически не говорят. А.В. Мицкевич пишет, что об объективности системы правовых норм можно говорить только в смысле их интеллектуально-волевых качеств: правильности, истинности, полезности, понятности для населения, органов власти и иных субъектов права. Поэтому когда говорят (или пишут) об объективной обусловленности внутренней дифференции права на отрасли в зависимости от особенностей той или иной группы отношений, то, по существу, имеют в виду не материальную структуру норм, а интеллектуальную волевою объективность (правильность, точность и т.п.) правовых норм¹.

Я приведу наиболее стандартное понимание объективного и субъективного в праве, закрепленное в учебнике по теории государства и права².

Положение первое:

«Право — явление и объективное, и субъективное, однако объективное в нем преобладает. Объективное в праве заключается:

во-первых, в том, что оно возникло под воздействием объективно обусловленных потребностей сформировавшегося человеческого общества в установлении единых для всех без исключения справедливых с точки зрения интересов личности и общества правил поведения, позволяющих осуществлять производство, распределение, обмен, потребление и гарантировать жизнь и права личности;

во-вторых, в объективной необходимости обязательно проводить в жизнь эти правила;

в-третьих, в неизбежности отражения в выработанных всеобщих правилах объективных законов, действующих в регулируемых сферах;

в-четвертых, в наличии у права собственных объективных законов его возникновения, развития и функционирования».

¹ См.: Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2001. С. 335–336.

² См.: Дробязко С.Г., Козлов В.С. Общая теория права: Учеб. пособие для вузов. Минск: Амалфея, 2005. С. 63–64.

Положение второе:

«Право субъективно, во-первых, потому, что создается людьми, их сознательной деятельностью, по их воле и, во-вторых, осуществляется, проводится в жизнь также сознательно. Сознательная правотворческая и правореализующая деятельность, исходя из природы права, его сущности, должна соответствовать объективным потребностям, адекватно отражаясь во всех формах бытия права (правосознании, законодательстве, правоотношениях). Извращенное же представление о воплощении в праве объективной необходимости и его реализация, в частности, в законодательстве, уводит его в сторону от права, превращает его в неправоное законодательство».

Таким образом, общепринятое представление о праве заключается в том, что оно и объективно, и субъективно. Однако пределы объективности права никто не установил. Между тем, именно от ответа на этот вопрос зависит и ответ на другой вопрос: систему права можно построить или можно только познавать ее? Ибо, если все право объективно, то законодатель весьма ограничен в возможности построения системы права. Если же оно объективно только в какой-то части, а в остальном субъективно, то в этой части систему права можно построить по своему усмотрению.

Я уже писал выше, когда рассматривал вопрос о публичном и частном в праве¹, что с момента возникновения права и государства определяющим для построения системы права является деление общественных отношений на публичное и частное. Связка «публичное — частное» сопровождает право на всем пути его развития, вплоть до современного, и является сутью права, признаком, имманентно присущим праву.

Поэтому объективное в праве заключается в том, что при построении системы права законодатель любой страны обязан учитывать наличие частных отношений и публичных отношений. Кроме этого, все остальное в праве субъективно.

Право отдельной страны строится законодателем с учетом интересов правящего класса или стратовой группы, экономической ситуации и политической конъюнктуры, но при наличии объективной необходимости встроить изменения в право в систему «публичное — частное».

Такую же идею о возникновении и развитии права в русле публичного и частного права проводит С.С. Алексеев. Может быть, это звучит не очень скромно и не очень убедительно, но я пришел к этой идее самостоятельно и только потом нашел ее подтверждение в трудах С.С. Алексеева. Это меня очень воодушевило, хотя в выводах из этой идеи мы с С.С. Алексеевым разошлись.

¹ См. § 1.2 настоящей работы.

Чтобы быть точным, я приведу цитату из книги С.С. Алексеева: «С первых стадий цивилизации право (разумеется, со многими различиями в развитых странах) так и развивается в составе двух относительно самостоятельных сфер, по двум руслам — публичного и частного права. И поскольку в любом обществе (понятно, в различном соотношении, в различных пропорциях) существуют государственные и частные интересы, то более или менее развитое право и может существовать и развиваться при наличии двух соответствующих сфер — публичного и частного права. Причем уровень «развитости» права в целом, его «качество» во многом обусловлены тем, насколько развита каждая из указанных сфер, что решающим образом влияет и на понимание права в целом, и на состояние практической юриспруденции. Недостатки в этом отношении и тем более умаление одной из сфер (например, частного права) приводят, помимо всего другого, к деформации всей правовой системы страны, к ее однобокости, ущербности»¹.

С.Г. Дробязко и В.С. Козлов, исследуя вопрос об объективном и субъективном в праве, в этом же параграфе поместили положения об объективном праве и субъективном праве². Создается впечатление, что они пытаются применить к этим понятиям объективное и субъективное в праве.

Но это принципиально неверно. Понятия «объективное» и «субъективное» в праве применяются только к праву в объективном смысле, к праву как системе норм. Субъективное право как правомочия конкретного лица никакого отношения к проблемам объективного и субъективного в праве не имеет.

3.2. СООТНОШЕНИЕ СИСТЕМЫ ПРАВА И СИСТЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Исходя из определения права и надо определять соотношение права и законодательства. Эта проблема может быть решена через понятие формы в праве. Отталкиваясь от философских категорий содержания и формы, юристы выявляют внутреннюю и внешнюю формы права. Под внутренней формой в философии понимают способ связи элементов, составляющих содержание; внешняя форма выражает связь данного объекта с другими.

¹ См.: *Алексеев С.С.* Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 218.

² См.: *Дробязко С.Г., Козлов В.С.* Указ. соч. С. 64–66.

В соответствии с этим под внутренней формой права понимают структуру права, а под внешней — систему законодательства и иных источников права. При таком понимании формы система права и источники права соотносятся как внутренняя и внешняя формы права.

Говоря о различиях между системой права и системой законодательства, С.С. Алексеев пишет, что если первое — это объективно существующее деление внутри самого права, в рамках его юридического содержания (внутренней формы), то второе представляет собой состав, соотношение, построение источников, внешней формы права, в том числе нормативных актов, наличие в них подразделений, обособляемых главным образом по предметному и целевому критерию¹.

Внутренняя форма права (структура права) принадлежит к содержанию явлений. При таком понимании обеспечивается устойчивая связь формы и содержания. Это не различные явления, форма органически связана с содержанием. Для права как совокупности норм внутренней формой является устойчивая взаимосвязь между отдельными отраслями права, образующими в своем единстве, в своей целостности систему права данного государства.

В то же время законодательство (иные источники права) как внешняя форма права неразрывно связано с правом, это — форма самого существования правовых норм. «Право не существует вне законодательства, и с этой точки зрения законодательство и есть право»².

Исследуя вопрос о соотношении права и законодательства, нельзя забывать что, во-первых, понятия «форма права» и «источник права» можно использовать как синонимы, если исходить из узкого понятия права (из позитивного права). При широком понимании права понятия «форма права» и «источник права» не совпадают³. Поскольку я не разделяю этой концепции, рассуждения об этом несовпадении мне представляются бессмысленными.

Во-вторых, формами (источниками) права выступает не только законодательство (нормативные правовые акты), но и иные источники. Основными источниками являются правовой обычай и судебный прецедент. Однако судебный прецедент в Республике Казахстан (да-

¹ См.: Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма. С. 69.

² См. об этом: Алексеев С.С. Структура советского права. М.: Юрид. лит-ра, 1975. С. 55–68; Шебанов А.Ф. Форма советского права. М., 1968. С. 20–26; Фаткуллин Ф.Н. Проблемы общей теории социалистической правовой надстройки. Казань: Изд. Казанского ун-та, 1980. С. 127–129; Байтин М.И. Сущность права. 2-е изд. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 66; Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2001. С. 337–338.

³ См. об этом: Марченко М.Н. Источники права: Учеб. пособие. М.: ТК «Велби», Проспект, 2005. С. 29–58.

лее — Казахстан, РК), как и в иных странах континентального права, не признается в качестве источника права¹.

Что касается обычая, то он применяется крайне редко и только в случаях, если это не противоречит гражданскому законодательству, действующему на территории Казахстана (п. 4 ст. 3 Гражданского кодекса РК, далее — ГК РК, ГК).

В литературе называют еще другие источники права: нормативный договор, общие принципы права, идеи и доктрины, религиозные тексты².

Я не буду обосновывать возможность расширения источников права. Возможно, в мировом масштабе все перечисленные формы являются источниками, например, доктрины — в римском и мусульманском праве, религиозные тексты — в католических и мусульманских странах, принципы права — в странах, где они признаются источниками права.

Поэтому, рассуждая о соотношении права и формы права, не будет большой ошибкой говорить о праве и законодательстве и о том, что право является содержанием законодательства, а законодательство является формой (источником) права.

Признавая объективность системы права и субъективность системы законодательства, нельзя забывать того имеющего первоочередное значение факта, что и система права, и система законодательства относятся к сфере субъективного, к сфере надстройки, отражающей объективные требования базиса, что обе эти системы создаются людьми, законодателями.

Признавая самостоятельность двух этих систем, нельзя их сильно отрывать друг от друга, нельзя забывать, что система законодательства является формой права и не может не соответствовать праву.

«Система права складывается (конечно, не единым актом, а исторически, постепенно) все же только в результате законодательной деятельности государства и существует в рамках определенной системы законодательства (или иных источников права — обычаев, судебных прецедентов), а не вне и независимо от нее. Эти две «системы» не совпадают целиком. Но отсюда вовсе не следует, что система права складывается «сама собой», или, как пишет С.С. Алексеев, «законодатель вкладывает в издаваемые им юридические нормы определенное

¹ Различные точки зрения на судебный прецедент и судебную практику см.: *Марченко М.Н.* Судебное правотворчество и судейское право. М.: Проспект, 2008.

² См., например: *Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов.* Под ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2001. С. 265–280; *Теория государства и права: Учебник для вузов.* 2-е изд. М.: Спарк, 2000. С. 207–220; *Дробязко С.Г., Козлов В.С.* Общая теория права: Учеб. пособие для вузов. Минск: Алмафя, 2005. С. 194–197; *Марченко М.Н.* Источники права: Учеб. пособие. М.: ТК «Велби», Проспект, 2005. С. 29–114.

содержание, и это само собой ведет к распределению юридических норм на известные группы (отрасли)»¹.

Объективность системы права есть не что иное, как объективно правильное (более или менее точное) отражение законодателем существующих в обществе независимо от его воли закономерностей разграничения общественных отношений, которые законодатель призван познать и наиболее правильно отразить в развитии правовых норм.

Конечно, право также существует как сложившаяся в данных исторических условиях часть надстройки, реальная для всех, кто его исполняет, и для самого законодателя. Именно в этом смысле, в смысле сложившегося на данном этапе расчленения норм права на различные взаимообусловленные группы (отрасли, институты), можно говорить об объективной дифференциации права, о его сложившейся системе².

А.Б. Венгеров следующим образом определяет соотношение системы права и системы законодательства с позиций системного подхода: «Система общественных отношений — это надсистема для системы права, которая призвана регулировать эти общественные отношения. Эта надсистема определяет объективно предмет и метод правового регулирования, структуру права, ее характеристики.

Система права является надсистемой по отношению к системе законодательства, определяя критерии, признаки, по которым происходит отбор и строение элементов системы законодательства, происходит процесс упорядочения, систематизации законодательства. Основные юридические способы систематизации законодательства — кодификация, консолидация, инкорпорация»³.

Из неразрывной связи права и законодательства вытекает ответ на вопрос: можно ли построить систему права или она существует объективно и законодательство должно соответствовать этой системе?

Субъективный характер системы права и зависимость ее от воли законодателя позволяют нам утверждать, что, принимая нормативные акты, мы не познаем систему права как нечто объективное, а строим систему права. Включение тех или иных отраслей права в систему права — это не познание объективной системы права, а построение системы данных отраслей в соответствии, разумеется, с объективно

¹ См.: *Алексеев С.С.* Общая теория социалистического права. Вып. 1. Свердловск, 1963. С. 210.

² См.: *Мицкевич А.В.* Соотношение системы советского права с системой советского законодательства. Учен. зап. ВНИИСЗ. Вып. 11. М., 1967. С. 10–12.

³ См.: *Венгеров А.Б.* Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов. 3-е изд. М.: Юриспруденция, 1999. С. 386.

существующими общественными отношениями. Но все равно это лишь отражение этих объективных закономерностей в системе права. И построены эти отрасли могут быть по-разному.

Поэтому, видимо, какое-то рациональное зерно есть в утверждениях тех ученых, которые вообще отрицают деление права на отрасли (во всяком случае, на существующие в настоящее время отрасли), утверждая, что построить эти отрасли можно было бы и по-другому.

А.Д. Перевалов считает, что структурные образования в системе права отличаются по сложности строения (горизонтальные, вертикальные, линейные, матричные и др.). В те или иные периоды развития общества и права на передний край выступает наиболее оптимальная структура. В настоящее время — нормы, институты, отрасли. Но может быть и иная структура. Может быть целый ряд структур, не исключających друг друга, а построенных и выявленных по иным принципам и основаниям¹.

Рациональное зерно заключается в идее рассмотрения системы права в виде единого, не разделенного на части массива правовых норм — живых клеток правовой материи. Это позволит увидеть, что на каждом очередном этапе развития общества массив правовых норм «кристаллизуется» вокруг нескольких крупных системообразующих факторов (к ним можно отнести систему нормотворческих органов, систему субъектов права, основные социально-экономические задачи этапа, пути и средства их решения и др.) и застывают в виде кодифицированных и некодифицированных актов. Общественная жизнь и законодательство не стоят на месте. Наступает новый этап общественного развития, и процесс кристаллизации законодательства начинается снова, но уже по-другому. Изменились задачи, появились новые пути и средства их решения, одни системообразующие факторы утрачивают значение, другие выдвигаются на первый план.

Старые акты не соответствуют новым требованиям, новые с трудом вписываются в XXI век².

В то же время применительно к развитой правовой системе идея об отказе от отраслей права все же насквозь утопична: отрасли-то уже сложились, существуют, действуют, объективизировались, и считать, что их нет, значит, просто закрывать глаза на реальные факты.

Из всего сказанного можно сделать вывод, что при сложившейся и развитой системе права и законодательства законодатель, разрабатывая новые законы, вынужден учитывать сложившуюся систему и не может принимать законы, не вписывающиеся в эту систему.

¹ Советское государство и право. 1982. № 7. С. 116.

² Советское государство и право. 1982. № 6. С. 100.

Другое дело, когда правовая система еще не сформировалась или требует коренных изменений. Такая ситуация сложилась, в частности, в странах бывшего Советского Союза после его распада. Дело было не просто в распаде великой империи и образовании новых независимых государств. Дело еще в переходе от централизованной к рыночной экономике. Поэтому все старые законы уже не могли регулировать новые отношения. В Казахстане, так же как и в других странах СНГ, был создан практически новый правовой массив, построена новая система права.

При этом надо учитывать следующие обстоятельства:

1. При самой резкой смене социально-экономической ситуации в стране какое-то время продолжает действовать старое законодательство, так как при отсутствии вообще законов в стране наступает полный хаос. Законы СССР действовали в Казахстане до принятия законов РК при условии, что законы СССР не противоречили законодательству РК.

2. Широкое распространение получило модельное законодательство стран СНГ. Это была попытка сохранить при создании нового законодательства единое экономическое и правовое пространство.

3. Поскольку Казахстан остался в правовой семье романо-германского права, естественно, что в его правовой системе сохранились основные принципы и отраслевое деление континентального права, и в первую очередь то, что эти страны — это страны гражданского кодекса.

В момент возникновения государства и права единственным объективным критерием построения системы права было деление его на право публичное и право частное. Государство закрепляло в нормативных установлениях те из родовых обычаев, табу и предписаний, которые были направлены, с одной стороны, на развитие частной собственности и договорных отношений и, с другой стороны, на усиление принудительного репрессивного аппарата для охраны зарождающихся частных отношений.

В разных странах правовые системы складывались по-разному. Но везде закреплены такие правовые институты, как право собственности, юридическое лицо, договор, с одной стороны, и органы управления, юстиция, суд, армия и т.п. — с другой стороны. Сложившаяся в каждой стране правовая система выступает как единое целое, системно организованное образование, и в этом смысле она может рассматриваться как объективное явление.

Это обстоятельство тем не менее не опровергает утверждения, что система права не познается законодателем и именно строится им. Поскольку законодательство является внешней формой права, и ни в чем ином (я отбрасываю пока иные источники права, такие, как об-

ычай, прецедент), кроме как в законодательстве, право выражаться не может. Поэтому неверны утверждения, что система права объективна, а система законодательства субъективна. Объективны и та, и другая. Нельзя систему права оторвать от системы законодательства.

Разумеется, при принятии новых законов законодатель связан существующей системой права и законодательства. Новый закон должен быть встроен в существующую систему права, иначе он принесет больше вреда, чем пользы, или вообще не будет работать.

Например, в 1998 г. по инициативе Национальной комиссии по ценным бумагам РК был принят разработанный американскими юристами Закон об акционерных обществах. Закон был наштампован американскими понятиями и инструментами, направленными на построение акционерного общества не как производственного предприятия, а как спекулятивного образования, участника рынка ценных бумаг. Этот закон сразу забуксовал, практически не работал, и те же люди, теперь уже в Национальном банке, инициировали разработку нового закона, соответствующего принципам континентальной системы права, который и был принят в 2003 г. и действует до сих пор.

Возможности законодателя в построении системы права значительно усиливаются после революций и иных социальных потрясений, к которым, безусловно, относится развал такой великой империи, как Советский Союз.

После обретения независимости в Республике Казахстан еще какое-то время применялись законы Союза ССР и Казахской ССР. Более того, был принят специальный закон, закрепляющий преемственность законодательства СССР и РК.

В п. 2 постановления Верховного Совета Республики Казахстан от 16 декабря 1991 г. «О порядке введения в действие Конституционного закона Республики Казахстан «О государственной независимости Республики Казахстан»» было закреплено: «Впредь до принятия соответствующего законодательства и иных нормативных актов Республики Казахстан на ее территории могут применяться нормы законодательства СССР и признанные СССР нормы международного права, поскольку они не противоречат настоящему закону и нормативным актам Республики Казахстан».

Однако в настоящее время законодательство Союза ССР уже давно в прошлом. Законодателю Казахстана пришлось создавать законодательную систему РК практически с нуля. За время независимости было принято свыше 700 только базовых законов, не считая многочисленных законов о внесении изменений и дополнений в действующие законы.

Только рабочей группой цивилистов под моим руководством было подготовлено свыше 70 проектов принятых Парламентом РК законов,

в том числе Гражданский кодекс, законы о земле, о недрах и недропользовании, о нефти, о хозяйственных товариществах, о товариществах с ограниченной ответственностью, о государственном предприятии, о страховании, о жилищных отношениях и много других основополагающих законов рыночной экономики. Казахстан, как и другие страны социалистического лагеря, совершил переход из планово-распределительной к рыночной экономике. Законы Союза ССР для такой экономики не подходили совершенно, поэтому пришлось на ходу создавать новую систему права.

На этом пути было много преград, и главной из них было то, что деньги на проведение правовой реформы в Казахстане на первых порах выделяли американцы (сначала техническая помощь Всемирного банка, затем грант USAID). Основными консультантами тоже были американцы. Естественно, они пытались навязать нам элементы общего права (англосаксонской системы права).

Тем не менее нам удалось остаться в рамках континентальной системы права. Этому способствовало несколько причин:

1) преемственность права и правовой науки. Все мы получили классическое юридическое образование, основанное на принципах «писаного» права, в центре которого находится Гражданский кодекс. Это характерно для континентальной системы права. Принципы прецедентного права и права справедливости, на которых основана англосаксонская система права, мы не знали, не понимали и не принимали;

2) консолидация деятельности государственных органов и ученых стран СНГ. Благодаря громадной организаторской работе Центра частного права при Президенте РФ под руководством профессора А.Л. Маковского совместными усилиями ученых стран СНГ удалось создать модельный Гражданский кодекс стран СНГ, а также ряд других модельных законов (об акционерных обществах, о товариществах с ограниченной ответственностью, о банкротстве, о ценных бумагах). Модельные законы были разработаны и в других отраслях права (трудовое, уголовное, процессуальное и др.).

В этих условиях трудно доказывать, что законодатель не строит систему права. В Казахстане практически заново была построена система права рыночной экономики. Причем характерно, что сохранили неприкосновенность отраслей основной структуры права, т.е. отраслей публичного (государственное, административное и т.п.) и частного (гражданское, семейное и т.п.) права. Комплексные образования, которые сохранились (банковское, страховое и т.п.), наполнились совершенно новым содержанием. Некоторые комплексные отрасли и институты исчезли (колхозное право, совхозное право), некоторые появились (инвестиционное право, информационное право).

Я приведу только один пример, показывающий, насколько субъективно построение системы права и как воля законодателя определяет развитие той или иной отрасли права.

Правовая реформа в Республике Казахстан и Российской Федерации проводилась по-разному. В Российской Федерации бывший Госарбитраж при Совете Министров РСФСР был преобразован в Высший Арбитражный Суд. Благодаря усилиям его первого председателя профессора В.Ф. Яковлева в России удалось создать эффективную систему арбитражных судов, функционирующую наряду с системой общих судов. Помимо Гражданского процессуального был принят Арбитражный процессуальный кодекс РФ.

В Казахстане ситуация развивалась по другому сценарию. Все попытки как-то реорганизовать Госарбитраж при Совете Министров Казахской ССР ни к чему не привели. Он оставался тем же квазисудебным органом, придатком государственного аппарата, каким он был в советское время. Поэтому арбитражные суды были ликвидированы, рассмотрение хозяйственных споров перешло в ведение судов общей юрисдикции. Законы РК от 17 января 1992 г. «Об арбитражном суде Республики Казахстан» и «О порядке рассмотрения хозяйственных споров арбитражным судом Республики Казахстан» были отменены 13 июля 1999 г. Все судебное разбирательство гражданских дел стало регулироваться Гражданским процессуальным кодексом (далее — ГПК) от 13 июля 1999 г.

С тех пор многое изменилось. Сначала были созданы хозяйственные коллегии в Верховном и областных судах, затем появились специализированные межрайонные экономические суды (СМЭС). Но тем не менее они находились в системе общих судов, и ни у практиков, ни у ученых даже мысли не возникало, что арбитражное процессуальное законодательство может представлять что-то отличное от гражданского процессуального законодательства.

А как обстоит дело в России? Подавляющее большинство процессуалистов России однозначно рассматривают арбитражное процессуальное право как самостоятельную отрасль права¹.

Итак, подведем итоги нашего расследования.

В советское время существовал Госарбитраж при Совете Министров СССР, госарбитраж при Советах Министров России, Казахстана и других союзных республик, были также многочисленные областные арбитражи, существовало законодательство об арбитражах. Поэтому господствующим было мнение, что существует самостоятельная отрасль права — арбитражное процессуальное право.

¹ Подробнее см. § 6.3 настоящей работы.

С развалом Союза ССР почти во всех самостоятельных государствах госарбитражи были преобразованы в арбитражные суды. Но если в других странах они сохранились под тем или иным названием (арбитражный суд в России, хозяйственный суд в Узбекистане, Украине, Беларуси и других странах), то Казахстан пошел по другому пути, он просто ликвидировал арбитражные суды и влил их в систему общих судов. Все гражданское судебное производство стало регулироваться единым законодательным актом — Гражданским процессуальным кодексом.

Итог простой: во всех (или почти во всех) странах СНГ есть арбитражное процессуальное право как самостоятельная отрасль права, а в Казахстане нет, но есть единое гражданское процессуальное право.

И кто создает или ликвидирует отрасли права? Конечно, это законодатели двух стран (если говорить о России и Казахстане). Но конкретную работу проводят конкретные люди, и в данной ситуации мы знаем этих людей.

В России Высший Арбитражный Суд возглавлял профессор В.Ф. Яковлев, выдающийся ученый-цивилист и талантливый организатор. Он создал практически новый арбитражный суд, выкорчевав все наследие советского арбитража. Возникла разветвленная система арбитражных судов, функционирующая не менее (а, на мой взгляд, даже более) эффективно, чем система судов общей юрисдикции. Достаточно сказать, что в Высшем Арбитражном Суде РФ почти все судьи — доктора юридических наук (причем настоящие доктора, активно работающие как ученые). Поэтому в России даже мысли не возникло о том, чтобы ликвидировать систему арбитражных судов.

И во всем этом во многом заслуга профессора В.Ф. Яковлева. Когда москвичи говорили мне, что мы зря ликвидировали арбитражные суды, я им отвечал, что основная причина в том, что у нас не было профессора В.Ф. Яковлева.

В Казахстане ситуация была диаметрально противоположной. С одной стороны, бездарное арбитражное руководство никак не могло понять, что от них требуется, и сохранило практически в неприкосновенности дух и традиции советского госарбитража. С другой стороны, министр юстиции РК Н.А. Шайкенов, автор и организатор правовой реформы в Казахстане, был настроен очень решительно и, поняв всю бесполезность реформирования арбитража, просто ликвидировал его. Следовательно, автором исчезновения в Казахстане арбитражного процессуального права как самостоятельной отрасли права является Нагашбай Шайкенов.

Поэтому еще раз повторю: объективность системы права совсем не означает, что систему права нельзя построить. В рамках соблюдения

деления отраслей права на публично-правовые и частноправовые система права строится законодателем конкретной страны.

3.3. ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО, ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ АКТЫ, НОРМАТИВНЫЕ ПРАВОВЫЕ АКТЫ: СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ

Проблема понятия «законодательство» и соотношения его с понятиями «законодательные акты» и «нормативные правовые акты» возникла при подготовке проекта закона «О нормативных правовых актах». Проект был разработан рабочей группой под моим руководством в рамках проекта «Развитие коммерческого законодательства в Казахстане» под эгидой Всемирного банка и Министерства юстиции РК.

В связи с тем, что в последнее время появляются утверждения о различных разработчиках проекта данного закона, хочу привести состав рабочей группы, определенной в Постановлении Правительства РК от 7 октября 1996 г. № 1238, которым проект закона «О нормативных правовых актах» был внесен на рассмотрение Мажилиса Парламента Республики Казахстан.

Состав рабочей группы по подготовке законопроекта:

Колпаков К.А. — министр юстиции Республики Казахстан, руководитель;

Нурғалиева Е.Н. — заместитель министра юстиции Республики Казахстан;

Покровский Б.В. — старший научный сотрудник Центра частного права Казахского государственного юридического института;

Басин Ю.Г. — профессор кафедры гражданского права Казахского государственного юридического института;

Сулейменов М.К. — директор Центра частного права Казахского государственного юридического института;

Худяков А.И. — заведующий кафедрой Казахского государственного национального университета им. аль-Фараби;

Мукашева К.В. — юрист фирмы «Пеппер, Хэмилтон и Шиц»;

Новикова Е.В. — юрист фирмы «Пеппер, Хэмилтон и Шиц».

Нетрудно заметить, что за исключением официальных должностных лиц (министр юстиции и заместитель Министра юстиции) остальные члены рабочей группы — это ученые-цивилисты, работающие в рамках проекта Всемирного банка при участии юридической фирмы «Пеппер, Хэмилтон и Шиц».

При разработке проекта закона мы столкнулись с большими трудностями, потому что это был первый опыт в странах СНГ. Например,

в России подобный закон до сих пор не принят, и с этим связаны значительные затруднения законодательной техники.

Закон РК «О нормативных правовых актах» был принят 24 марта 1998 г. Ценность этого закона заключается в том, что он законодательно закрепил основные теоретические положения, разработанные правовой наукой.

Прежде всего, это касается понятия нормы права. Норма права (правовая норма) — общеобязательное правило поведения, сформулированное в нормативном правовом акте, рассчитанное на многократное применение и распространяющееся на всех лиц в рамках нормативно регламентированной ситуации (подп. 3 ст. 1 Закона).

Под нормативным правовым актом в Законе понимается письменный официальный документ установленной формы, принятый на референдуме либо уполномоченным органом или должностным лицом государства, устанавливающий правовые нормы, изменяющий, прекращающий или приостанавливающий их действие (подп. 1 ст. 1 Закона).

В полном соответствии с ГК было сформулировано понятие законодательного акта, который включил в себя конституционный закон, указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу конституционного закона, кодекс, закон, указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу закона, постановление Парламента Республики Казахстан, постановление Сената и Мажилиса.

Понятие «законодательство» по-разному понималось и понимается в юридической литературе. До сих пор между юристами идут споры об этом. Дело в том, что законодательство может пониматься в двух смыслах: в широком и узком. В широком смысле это понятие практически совпадает с понятием «нормативные правовые акты». Однако вместе с тем всегда выделялось и понятие «законодательство» в узком смысле, в которое обычно включались акты Парламента, Президента и Правительства РК. В проекте понятие «законодательство» понималось именно в этом смысле.

При определении понятия законодательства разработчики вовсе не стремились дать его всестороннее определение, раскрывающее все стороны или даже все основные стороны понятия (что вообще невозможно сделать с помощью дефиниций), а определить его лишь для целей применения данного закона.

Для этого важно было определить понятие законодательства со стороны его структуры, установить виды нормативных правовых актов, охватываемых определенным их подразделением, а именно, законодательством.

Конституция Республики Казахстан, сохранив деление нормативных правовых актов на законодательные и подзаконные, значительно

расширила виды законодательных актов, не ограничивая их только законами. Так, в п. 1 ст. 62 Конституции указано, что Парламент принимает законодательные акты в форме законов Республики Казахстан, постановлений Парламента; постановлений Сената и Мажилиса. Кроме того, в группу законодательных актов, но принимаемых Президентом, можно в соответствии с Конституцией включить указы Президента Республики Казахстан, имеющие силу закона. Эти акты Президента относятся именно к числу законодательных, а не подзаконных актов.

В то же время к числу подзаконных нормативных правовых актов относятся указы Президента Республики Казахстан и нормативные постановления Правительства. В силу п. 1 ст. 45 Конституции РК Президент Республики Казахстан на основе и во исполнение конституции и законов издает указы, а Правительство (ст. 69 Конституции) издает постановления, которые не должны противоречить Конституции, законодательным актам, указам и распоряжениям Президента.

Указы Президента и постановления Правительства по своей значимости приближаются к законодательным актам, а не к нормативным правовым актам министерств, государственных комитетов и иных подобных органов государства.

С учетом сказанного целесообразно особо выделить в системе нормативных правовых актов группу важнейших нормативных правовых актов под единым понятием «законодательство».

Впервые в законодательстве Казахстана это было легально сделано в Гражданском кодексе РК (Общая часть) применительно к гражданскому законодательству. В п. 1 ст. 3 сказано, что гражданское законодательство Республики Казахстан состоит из Гражданского кодекса, других законодательных актов, указов Президента РК, постановлений Правительства РК.

Что касается министерств и иных центральных органов государства, то им предоставлено право издавать нормативные акты, регулирующие гражданские отношения только в случаях и пределах, предусмотренных актами гражданского законодательства. Таким образом, эти акты были исключены из состава законодательства.

Законодательные акты, законодательство и иные нормативные правовые акты охватываются общим понятием нормативных правовых актов (п. 8 ст. 62 Конституции). Разделение законодательства и законодательных актов проводилось и во многих других нормативных актах, например, Указе Президента РК, имеющем силу закона, «О земле», в ст. 5 Закона РК от 21 января 1997 г. «О банкротстве» (ст. 2), Законе «Об иностранных инвестициях» (п. 1 и 2 ст. 3 Закона и др.), Указе Президента РК, имеющем силу закона, «О государственном предприятии» (п. 2 ст. 5 и п. 3 ст. 8) и других.

В ст. 2 Указа Президента РК, имеющего силу закона, «О хозяйственных товариществах» было указано, что законодательство о хозяйственных товариществах состоит из Конституции Республики Казахстан, настоящего Указа, законодательных актов Республики Казахстан и применяемых в соответствии с ними нормативных актов Президента и Кабинета Министров Республики Казахстан (ныне — Правительство РК).

Выделение законодательства в структуре нормативных правовых актов имело то практическое значение, что законодательством могут устанавливаться нормы, имеющие существенное значение, применяемые в пределах компетенции органов, которым предоставлено право принимать акты законодательства, но не нормативные правовые акты министерств, акимов и т.п.

Однако при прохождении проекта в Парламенте РК возобладала другая точка зрения, в соответствии с которой понятия «законодательство» и «нормативные правовые акты» совпадают. В подп. 2 ст. 1 Закона «О нормативных правовых актах» закреплено, что «законодательство — совокупность нормативных правовых актов, принятых в установленном порядке».

Оставив в стороне теоретические разногласия юристов, необходимо прежде всего определить практические последствия изменения сложившегося понятия «законодательство» и приравнивания его к понятию «нормативные правовые акты». Закрепленное в ГК РК и десятках других законодательных актов узкое понятие законодательства как актов Парламента, Президента и Правительства предполагает, что другими государственными органами (министерствами, акимами и т.п.) акты законодательства приниматься не могут.

В связи с этим расширение понятия «законодательство» вносит путаницу в регулирование имущественных отношений. Приведем отдельные примеры, иллюстрирующие данное положение.

1) Пункт 2 ст. 37 ГК: «Виды, порядок назначения или избрания органов юридического лица и их; полномочия определяются законодательством...». Это значит, что любое министерство или любой районный аким будет вправе устанавливать обязательные виды органов, определять порядок их назначения (избрания) и формулировать компетенцию. Такое положение подрывает конституционное абсолютное право собственника, из которого вытекает право по своему усмотрению организовывать функционирование своего имущества.

2) Часть 8 ст. 6 Закона «О государственной регистрации юридических лиц»: «Заявление подписывается учредителем или уполномоченным учредителем лицом с приложением учредительных докумен-

тов, удостоверенных в установленном законодательством порядке». Это значит, что любое министерство или аким может определять форму и порядок удостоверения учредительных документов. Такое положение подрывает права кредиторов, поскольку достоверность учредительных документов может не подтверждаться формой, установленной ведомственным актом.

3) Статья 2 Закона «Об общественных объединениях»: «Общественными объединениями в Республике Казахстан признаются политические партии, профессиональные союзы и другие объединения граждан, созданные на добровольной основе для достижения ими общих целей, не противоречащих законодательству». Это значит, что любое министерство или аким могут определять цели, для которых не может быть создано общественное объединение. Такое положение противоречит конституционному праву граждан на волеизъявление.

Таких примеров можно привести много. После принятия Закона «О нормативных правовых актах» с широким понятием законодательства появились противоречивые положения в ГК и десятках других нормативных актов.

Сложилась парадоксальная ситуация: в законодательстве РК существует два различных понятия законодательства. Естественно, встает вопрос: какой закон будет действовать в случае возникновения спора. После изменения Закона «О нормативных правовых актах» 17 октября 2001 г. кодексы стали по иерархии выше закона, в том числе и Закона «О нормативных правовых актах».

Поэтому при наличии спора для норм ГК должно применяться понятие законодательства, закрепленное в п. 1 ст. 3 ГК. Но если идти дальше, то это понятие должно применяться и ко всем понятиям, закрепленным в законах, регулирующих гражданские правоотношения. Значит, в каждом случае придется выяснять, регулирует ли данная норма гражданские отношения или нет, и в зависимости от этого применять или п. 1 ст. 3 ГК, или подп. 2 ст. 1 Закона «О нормативных правовых актах».

3.4. СООТНОШЕНИЕ КОДЕКСОВ И ДРУГИХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ АКТОВ

Соотношение ГК и других законодательных актов определяется в соответствии с Законом «О нормативных правовых актах».

Когда мы готовили проект Закона «О нормативных правовых актах», совершенно ясно было, что нормы ГК должны быть выше, чем

нормы гражданско-правового закона. Поэтому мы предлагали поставить в иерархии нормативных правовых актов кодексы выше, чем законы. Но перечень этих кодексов, на наш взгляд, должен быть ограничен. Мы предлагали шесть кодексов: Гражданский, Гражданский процессуальный, Уголовный, Уголовно-процессуальный, Административный и Налоговый. Однако наше предложение не прошло.

В то время мы писали в наших предложениях в Министерство юстиции РК о том, что необходимо отметить наметившуюся негативную тенденцию обозначения законодательных актов наименованием «кодекс» с целью придания этим законодательным актам уровня кодексов. Это относится к Земельному кодексу, Лесному кодексу, Водному кодексу, Таможенному кодексу, Кодексу о выборах. Значение кодексов для создания юридической основы согласования нормативных предписаний законодательного и подзаконного характера признается практикой многих государств с развитой правовой системой. Кодексы строятся по сугубо отраслевому принципу и содержат все или общие нормы по широкому кругу вопросов определенной отрасли права. При этом в случае необходимости отдельные детали кодексов могут развиваться, конкретизироваться и уточняться более специальными законодательными и подзаконными актами. В сфере регулирования гражданских (имущественных, основанных на равенстве сторон) отношений кодекс может быть один — Гражданский, который выполняет функцию отраслевого объединения основных положений. Все иные законодательные акты являются специальными и регулируют более узкий круг вопросов в соответствии с общими нормами ГК. Поэтому является необоснованным и вызывает отрицательную оценку принятие в виде кодексов законодательных актов, регулирующих узкий круг правоотношений (имущественные правоотношения в сфере использования одного из видов объектов гражданских отношений, например: земли, водных объектов, лесных ресурсов) либо имеющих узковедомственный характер (регулирующих правоотношения, связанные с деятельностью определенного ведомства, например, таможенные правоотношения). Данная тенденция подтверждается разработкой в настоящее время таких кодексов, как избирательный, бюджетный, транспортный и т.д. При продолжении такой негативной практики теряется смысл выделения кодексов в качестве отдельного уровня нормативных актов, так как не выдерживается основополагающий отраслевой критерий выделения кодексов из общей массы законодательных актов.

К сожалению, наши предложения не получили поддержки.

Поправка о придании кодексам более высокого уровня в иерархии нормативных правовых актов была принята Парламентом 17 октября

2001 г., однако без ограниченного перечня таких кодексов. Это создавало опасность неостановимого роста числа кодексов, принимаемых там, где достаточно обычного закона.

Должен быть исключительный, закрытый перечень кодексов. Придание кодексам более высокой силы по сравнению с обычными законами имеет смысл только при жестком ограничении их количества.

Такое ограничение недавно было введено, но, к сожалению, круг отношений, регулируемых кодексами, оказался слишком широким. Законом РК от 16 июня 2004 г. в Закон РК «О нормативных правовых актах» была включена ст. 3-1, в которой закреплено:

«Кодексы Республики Казахстан принимаются с целью регулирования следующих однородных отношений:

- 1) бюджетных;
- 2) гражданских;
- 3) гражданско-процессуальных;
- 4) брачно-семейных;
- 5) экологических;
- 6) водных;
- 7) земельных;
- 8) лесных;
- 9) налоговых;
- 10) таможенных;
- 11) транспортных;
- 12) трудовых;
- 13) связанных с исполнением уголовных наказаний;
- 14) связанных с привлечением к административной ответственности;
- 15) связанных с привлечением к уголовной ответственности;
- 16) уголовно-процессуальных».

Законом РК от 29 июля 2007 г. подп. 11 был исключен, Законом РК от 28 декабря 2010 г. статья 3-1 была дополнена подп. 17 в сфере здравоохранения.

Из предложенных в ст. 3-1 Закона «О нормативных правовых актах» кодексов приняты Бюджетный (24 апреля 2004 г.), Гражданский (27 декабря 1994 г. и 1 июля 1999 г.), Гражданский процессуальный (13 июля 1999 г.), Водный (9 июля 2003 г.), Земельный (20 июня 2003 г.), Лесной (8 июля 2003 г.), Налоговый (10 декабря 2008 г.), Таможенный (5 апреля 2003 г.), Трудовой (15 мая 2007 г.), Уголовно-исполнительный (13 декабря 1997 г.), Об административных правонарушениях (30 января 2001 г.), Уголовный (16 июля 1997 г.), Уголовно-процессуальный (13 декабря 1997 г.), О здоровье народа и системе здравоохранения (18 сентября 2009 г.).

Следовательно, следует ожидать появления Брачно-семейного кодекса (сейчас действует Закон «О браке и семье» от 17 декабря 1998 г.). Проект Кодекса находится в Парламенте.

Что произойдет, если отменить правило о приоритетности кодексов перед другими законами? Я не берусь судить о других кодексах, для них эта проблема не так актуальна, но для ГК последствия будут катастрофическими. ГК — это на самом деле системообразующий нормативный акт, вокруг которого группируются все экономические законы. Он является стержнем правовой и экономической реформы.

Именно благодаря высшей юридической силе ГК удалось создать целостную внутренне непротиворечивую систему экономического законодательства.

До принятия поправок от 17 октября 2001 г. и от 16 июня 2004 г. положение спасала норма, закрепленная в п. 2 ст. 3 ГК, о приоритете норм ГК перед нормами гражданского права, содержащимися в других законах.

К чему приведет отмена приоритета ГК, я покажу на одном простом примере. При подготовке Закона «О банках и банковской деятельности» Национальный банк хотел проигнорировать ряд фундаментальных положений ГК, доказывая, что в силу исключительной уникальности банков они не могут подчиняться общим положениям гражданского законодательства. Когда им не удалось обойти ГК, они добились внесения изменения в Гражданский кодекс (п. 3 ст. 3) о неподчинении норм банковского законодательства нормам ГК. Потом этого же добились хлебоприемные предприятия в связи с принятием Закона «О зерне». Конечно, хлебоприемные предприятия — уникальные организации. На это претендовали также хлопковые предприятия, и опять важная причина — хлопковый кластер.

Но представьте на минуту, что ГК — такой же закон, как и все остальные.

В этом случае разработчики законов о зерне, о хлопке, о племенном животноводстве, о сене, о вине и др. вообще перестанут обращать внимание на Гражданский кодекс. Они просто будут принимать свои изменения, прикрываясь громкими лозунгами (инновации, импорто-заменяющие технологии, Программа 2030, вхождение в число 50 развитых государств, кластеры, «Президент сказал» и т.п.).

Если мы это допустим, то можем получить в итоге развал системы гражданского законодательства, которую нам за 15 лет с трудом удалось создать.

В заключение оценим утверждения некоторых российских исследователей (в частности, А.С. Пиголкина) о том, что генеральной линией

совершенствования российского законодательства в будущем должно стать поэтапное осуществление его всеобщей кодификации¹.

Во-первых, нет никакой необходимости кодифицировать все законодательные акты. Это невозможно, да и нецелесообразно.

Во-вторых, нельзя отождествлять кодифицированные акты и кодексы. Как пишет сам А.С. Пиголкин, кодификация – это форма совершенствования законодательства по существу, и ее результатом является новый сводный законодательный акт стабильного содержания (кодекс, положение, устав и т.д.), заменяющий ранее действовавшие нормативные акты по данному вопросу². В частности, в России к кодифицированным актам относят помимо кодексов основы законодательства, а также сводные федеральные законы, объединяющие, как правило, более узкую группу правовых норм, но с четко определенным предметом регулирования.

Примером такого кодифицированного закона может служить Закон РФ «Об охране окружающей природной среды», заложивший основы охраны природных богатств и здоровой, благоприятной среды обитания человека. Этот Закон, не названный ни кодексом, ни основами, вместе с тем является общей природоохранной основой для отдельных отраслей природоресурсного права – земельного, водного, горного, лесного, которые содержат специфические природоохранные нормы для каждой отрасли (восстановление лесов, очистка вод, запреты вредного воздействия хозяйственной и иной деятельности на сохранность всех названных ресурсов и т.п.). Кодифицированными, сводными законами признаются как федеральные законы о выборах Государственной Думы и Президента РФ; государственных пенсиях, ветеранах, образовании, обороне, так и федеральные конституционные законы о Правительстве РФ, референдуме, Конституционном Суде РФ, арбитражных судах, судебной системе, а также многие другие законы, объединяющие нормы важных отраслей, подотраслей и институтов российского законодательства. Некоторые сводные федеральные законы, по существу, выступают своеобразной формой кодекса, но под другим названием, например, федеральные законы «О недрах», «Транспортный устав железных дорог», «Об основах муниципальной службы в Российской Федерации», «О международных договорах Российской Федерации» и другие подобные законы с соответствующим весьма важным и развитым содержанием.

¹ См.: Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. СПб.: Юридический Центр Пресс, 2003. С. 47.

² Там же. С. 44–45.

Значение кодифицированных, сводных актов имеют также регламенты палат Федерального Собрания РФ, утверждаемые не законами, а постановлениями самих палат¹.

Если говорить о такой кодификации, то я вполне согласен с высказыванием А.С. Пиголкина о всеобщей кодификации как генеральной линии совершенствования законодательства. Одновременно такое понимание может решить и проблему приоритетности кодексов над обычными законами.

Узкий круг кодексов можно сохранить на более высокой ступени иерархии законов. Остальные кодексы перевести в разряд кодифицированных актов, имеющих одинаковую силу с обычными законами, дав им особое название, например «кодифицированный закон».

¹ См.: Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. СПб.: Юридический Центр Пресс, 2003. С. 149–150.

ГЛАВА 4. ПРЕДМЕТ И МЕТОД ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ КАК КРИТЕРИИ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

4.1. ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ КАК КРИТЕРИЙ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА (НА ПРИМЕРЕ ПРЕДМЕТА ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА)

В общем-то во всех отраслях права исследователями делаются попытки выделить отрасль гражданского права в качестве самостоятельной. И во всех отраслях права (без исключения) проблема предмета правового регулирования является самой дискуссионной, самой острой и самой нерешенной.

Я попытаюсь показать это на примере такой древней, такой разработанной и такой авторитетной науки, которой является наука гражданского права. Сделаю я это с единственной целью показать, что все попытки решить проблему выделения отрасли права в качестве самостоятельной, отграничения ее от других отраслей с помощью предмета правового регулирования и даже попытка придать предмету решающую роль в таком отграничении заранее обречены на провал. Определяющим в этом деле является метод правового регулирования, с помощью которого мы можем определить пределы и объемы отношений, составляющих предмет регулирования данной отрасли права.

Проблема предмета гражданского права привлекала к себе большое внимание в юридической литературе как дореволюционной (например, Д.И. Мейер, Г.Ф. Шершеневич и др.), так и советской (например, П.И. Стучка, А.Г. Гойхбарг, С.И. Аскназий, Е.Б. Пашуканис, Я.Ф. Миколенко, М.А. Аржанов, Д.М. Генкин, А.Б. Годес, С.Н. Братусь, Г.Н. Амфитеатров, М.М. Агарков, С.Ф. Кечекьян, А.В. Венедиктов, А.В. Дозорцев, И.Г. Мревлишвили, Р.О. Халфина, С.С. Алексеев, С.И. Вильнянский, О.А. Красавчиков, В.И. Корецкий, Ю.К. Толстой, В.Ф. Яковлев и многие другие¹. Т.е. практически все классики гражданского права сочли необходимым внести свою лепту в развитие понятия предмета гражданского права.

В постсоветское время интерес к данной проблеме возникал главным образом при подготовке законодательных актов, комментариев

¹ Перечень работ этих и других авторов см.: *Ровный В.В.* Проблемы единства российского частного права. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1999. С. 15–16, 294–310.

и особенно учебников по гражданскому праву, появляющихся в разном количестве и с разной интенсивностью во всех странах бывшего СССР.

Научные труды, разумеется, продолжали выходить. Можно назвать некоторые из них¹.

Более активный интерес к исследуемой проблеме стал возрождаться в последние годы².

Проблема предмета гражданского права настолько повторяема и однообразна, что уже превратилась в икону. Положение о предмете гражданского права как классическое нашло отражение практически во всех гражданских кодексах постсоветских государств.

В п. 1 ст. 1 ГК РК закреплено: гражданским законодательством регулируются товарно-денежные и иные основанные на равенстве участников имущественные отношения, а также связанные с имущественными личными неимущественные отношения.

Это и есть предмет гражданского права: основанные на равенстве участников имущественные и связанные с имущественными личными неимущественные отношения.

В п. 1 ст. 2 ГК РФ (принят 21 октября 1994 г.) приводится такое определение: «Гражданское законодательство определяет положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав,

¹ См., например: Кулагина Е.В., Кулагин М.И., Суханов Е.А. Основы гражданского законодательства и предмет советского гражданского права // Вестник Моск. ун-та. № 6; Тархов В.А. Понятие гражданского права. Саратов, 1987; Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Л., 1988.

² См., например: Ровный В.В. Проблемы объекта в гражданском праве. Иркутск, 1998; Он же. Проблемы единства российского частного права. Иркутск.: Изд-во Иркут. ун-та, 1999; Он же. Предмет гражданского права в Гражданском кодексе Российской Федерации // Гражданское право в системе права: Мат-лы междунар. научно-практ. конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 17–18 мая 2007 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2007. С. 55–66; Степанов П.В. Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1999; Тонгало Б.М. Предмет гражданского права // Проблемы теории гражданского права / Институт частного права. М.: Статут, 2003. С. 3–23; Малеина М.Н. О предмете гражданского права // Государство и право. 2001. № 1. С. 25–31; Она же. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2000; Брагинский М.И. О месте гражданского права в системе «право публичное – право частное» // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. М., 2000. С. 46–80; см. также в кн.: Брагинский М.И. Избранное. М.: Ин-т законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Юрид. фирма «КОНТРАКТ», 2008. С. 800–830; Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт, 2007; Суханов Е.А. Гражданское право России – частное право / Отв. ред. В.С. Ем. М.: Статут, 2008; Корпоративное право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт, 2009.

исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), регулирует договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников».

Аналогичная формула закреплена в ГК Армении (принят 5 мая 1998 г.), ГК Кыргызской Республики (принят 5 января 1998 г.), ГК Республики Беларусь (принят 7 декабря 1998 г.). Однако очень существенно, что в этих ГК отсутствует добавление «основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников». Кроме того, в ГК Республики Беларусь добавлено, что гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения.

В п. 1 ст. 1 ГК Украины (принят 16 января 2003 г.) закрепляется, что «гражданским законодательством регулируются личные неимущественные и имущественные отношения (гражданские отношения), основанные на юридическом равенстве, свободном волеизъявлении, имущественной самостоятельности их участников».

Статья 1 ГК Грузии (принят 26 июня 1997 г.) сформулирована кратко: «Настоящий Кодекс регулирует основанные на равенстве лиц имущественные, семейные и личные отношения частного характера».

Как решается в ГК постсоветских республик спорный вопрос о том, регулирует или защищает гражданское законодательство личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными (нематериальные блага)?

ГК РФ в соответствии со взглядами классиков российской цивилистики¹ закрепляет формулу, что неотчуждаемые права и свободы человека и другие нематериальные блага **защищаются** гражданским законодательством, если иное не вытекает из существа этих нематериальных благ (п. 2 ст. 1).

Однако ГК других республик эту позицию не поддержали. В большинстве ГК закреплена формула примерно следующего содержания: «Отношения, связанные с осуществлением и защитой неотчуждаемых прав и свобод человека и других нематериальных благ (личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными), регулиру-

¹ См., например: *Иоффе О.С.* Личные неимущественные права и их место в системе советского гражданского права // Советское государство и право. 1966. № 7. С. 51–59; *Яковлев В.Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск: Свердлов. юр. ин-т, 1972. С. 49; *Гражданско-правовая охрана интересов личности* / Отв. ред. Б.Б. Черепяхин. М.: Юр. лит-ра, 1969. С. 58.

ются гражданским законодательством, поскольку иное не вытекает из существа этих отношений» (см., например, п. 2 ст. 1 ГК РК, п. 2 ст. 1 ГК Республики Беларусь, п. 5 ст. 1 ГК Республики Таджикистан, п. 5 ст. 1 ГК Армении, п. 2 ст. 1 ГК Кыргызской Республики).

В ГК Грузии говорится о регулировании личных, а в ГК Украины — личных неимущественных отношений независимо от того, связаны они или нет с имущественными отношениями.

Итак, предметом гражданского права являются имущественные и личные неимущественные отношения. Эти хрестоматийные положения излагаются в учебниках гражданского права, да и в научной литературе примерно одинаково. Чтобы особо не углубляться, я повторю то, что было высказано Ю.Г. Басиным в учебнике гражданского права:

«Под имущественными отношениями понимаются отношения по приобретению и использованию имущества: вещей, прав и обязанностей по поводу вещей и иных материальных благ. Как правило, предмету имущественных отношений можно дать денежную оценку.

Первыми среди имущественных отношений Гражданским кодексом названы товарно-денежные отношения, составляющие основу рыночной экономики, основу предпринимательской деятельности, ибо рыночная экономика без гражданского права невозможна. Гражданское право без рыночной экономики во многом беспредметно.

Но предметом гражданского права служат и те горизонтальные имущественные отношения, которые по сути своей не являются товарно-денежными, например наследование, оказание бескорыстных имущественных бытовых услуг и некоторые другие.

Статья 1 ГК называет также личные неимущественные отношения, связанные с имущественными. Прежде всего, это отношения, вытекающие из создания интеллектуальной собственности, произведений науки, искусства, технического творчества, средств индивидуализации участников гражданского оборота и т.п. Сами по себе эти объекты и права на них не имеют непосредственного имущественного содержания и денежной оценки. Но они, эти личные неимущественные отношения, тесно связаны с имущественными и потому попадают в сферу гражданско-правового регулирования, охраняясь средствами защиты гражданских прав.

Статья 1 ГК РК среди отношений, являющихся предметом гражданского права, называет также личные отношения, не связанные с имущественными. Например, отношения по поводу имени гражданина, его чести и достоинства, возможности выбора места жительства, неразглашения личных записей (дневники, письма), неприкосновенности изображения, телесной неприкосновенности и т.п. Подобные

отношения регулируются гражданским правом при соблюдении следующих условий: если они не регулируются другими отраслями права (например, уголовным правом), если это не противоречит существу личных неимущественных отношений (например, в сфере интимной близости)»¹.

Е.А. Суханов предлагает следующую классификацию имущественных отношений:

1) отношения, связанные с принадлежностью имущества определенным лицам. При этом принадлежность материальных благ (вещей) юридически оформляется вещным правом, а принадлежность нематериальных благ товарного характера (главным образом результатов творческой деятельности) — исключительными (интеллектуальными) правами;

2) отношения, связанные с управлением имуществом организации юридических лиц, большинство из которых являются корпорациями, основанными на членстве их участников. Они оформляются корпоративным правом;

3) отношения по переходу имущества от одних лиц к другим, которые оформляются главным образом обязательственным правом, а также корпоративным правом (при реорганизации и ликвидации юридических лиц) и наследственным правом (в случаях смерти граждан — собственников)².

В учебнике гражданского права под ред. А.П. Сергеева дается несколько иная классификация имущественных отношений:

1) имущественно-стоимостные отношения статике (отношения собственности, иных вещных прав, не вещных прав);

2) имущественно-стоимостные отношения динамики (договорные и внедоговорные)³.

Из этой и других подобных классификаций (многие другие авторы тоже сводят имущественные отношения к товарно-денежным или стоимостным отношениям)⁴ вроде бы вытекает, что все имуществен-

¹ См.: Гражданское право: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред.: М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Т. 1. Алматы, 2000. С. 14–15.

² См.: Российское гражданское право: Учебник: в 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 65–66 (автор главы — Е.А. Суханов).

³ См.: Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева. М.: ТК «Велби», 2008. С. 12–13 (автор главы — В.В. Ровный); См. также: *Ровный В.В.* Предмет гражданского права в Гражданском кодексе Российской Федерации. С. 56.

⁴ Например, О.С. Иоффе в одной из последних своих работ, опубликованной в Казахстане, считает, что граница между гражданским правом и другими отраслями права проходит для имущественных отношений по линии их стоимостной формы (Гражданское право. Общая часть: Курс лекций. Алматы: Нур-пресс, 2006. С. 9).

ные отношения являются имущественно- стоимостными. Однако оказывается, что это не так.

В.В. Ровный сам ставит вопросы, только ли товарные (имущественно-стоимостные) отношения регулирует гражданское право и может ли оно в принципе регулировать имущественные отношения вне связи с действием закона стоимости (за рамками его действия)? И сам же отвечает. На первую часть этого вопроса надлежит дать отрицательный ответ, на вторую — положительный. Дело в том, что имущество может и не обладать качествами товара (потребительной и меновой стоимости). Это обстоятельство препятствует его участию в гражданском обороте (т.е. возникновению по поводу него имущественных отношений динамики), но отнюдь не исключает имущественных отношений статики, а также охраны такого имущества гражданско-правовыми средствами на тот случай, если отношения статики будут нарушены. Вокруг таких объектов возникают имущественные отношения статики (собственности), нарушение которых предлагает их имущественное восстановление (возмещение вреда), при этом и отношения собственности, и отношения по возмещению вреда — гражданские имущественные отношения.

Затем В.В. Ровный заключает: «Таким образом, имущественный компонент в предмете гражданского права образуют имущественно-стоимостные отношения (которые являются наиболее распространенными отношениями)»¹.

Получается, что гражданское право регулирует имущественно-стоимостные отношения, но в то же время и иные имущественные отношения. А какие это иные отношения? Нет четкого определения границ имущественных отношений, регулируемых гражданским правом.

В науке общепризнано, что имущественные отношения регулируются и другими отраслями права (трудовое, земельное, семейное, финансовое право)².

Я не буду подробно анализировать имущественные отношения в управленческой сфере. Мне важно было только показать, что имущественные отношения регулируются практически всеми отраслями права.

¹ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. 2008. С. 17; см. также: *Ровный В.В.* Предмет гражданского права в гражданском кодексе Российской Федерации // Гражданское право в системе права: Мат-лы междунар. научно-практ. конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы. 17–18 мая 2007 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2007. С. 56–57.

² См.: *Братусь С.Н.* Предмет и система советского гражданского права. М.: Госюридиздат, 1963. С. 106–118; *Яковлев В.Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972. 2-е изд., доп. М.: Статут, 2006. С. 46–47 (здесь и далее ссылки будут делаться на 2-е изд. 2006 г., но при этом следует иметь в виду, что впервые цитируемые положения были высказаны в 1972 г.).

Некоторые авторы, пытаясь как-то решить проблему регулирования имущественных отношений различными отраслями права, предлагали даже экзотические способы ее решения. Например, И.Г. Мревлишвили предложил изъять имущественные отношения из всех других отраслей права и переключить их в полном объеме в сферу действия гражданского права¹, за что был подвергнут сокрушительной критике О.С. Иоффе².

Круг личных неимущественных отношений тоже не является определенным.

Относительно личных неимущественных отношений, связанных с имущественными, нет сомнений, что они регулируются гражданским правом. Но к регулированию гражданским правом личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными, наблюдается различный подход и в законодательстве, и в литературе. В силу того, что ГК РФ (в отличие от ГК других стран СНГ), определяет, что гражданское право только защищает эту группу отношений, в российской литературе наблюдается разнობой в оценке такого подхода.

Одни поддерживают эту позицию³, другие считают, что не может быть защиты без регулирования⁴, третьи занимают уклончивую позицию: вроде бы регулирует, вроде бы и нет. Например, Е.А. Суханов пишет, что эти отношения прежде всего защищаются гражданским правом присущими ему средствами. Реальные формы использования указанных нематериальных неотчуждаемых благ в большинстве случаев исключают их полноценное гражданско-правовое регулирование, поскольку носят чисто фактический характер. Поэтому действующее законодательство ограничивается их защитой от неправомерных посягательств (п. 2 ст. 2 и п. 2 ст. 150 ГК РФ). Создать систему содержательных «позитивных» правил, устанавливающих гражданско-правовой

¹ См.: Мревлишвили И.Г. Предмет и система советского социалистического гражданского права // Советское государство и право. 1954. № 7.

² См.: Гражданское право. Т. 1. Алматы, 2006. С. 11–12.

³ См., например, помимо названных выше авторов: Суховерхий В.Л. Личные неимущественные права граждан в советском гражданском праве: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1970. С. 8–9; Тархов В.А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов: Сарат. ун-т, 1973. С. 384; Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М.: Юрид. лит., 1974. С. 124.

⁴ Из ранней литературы можно назвать О.А. Красавчикова, Н.С. Малеина, Т.И. Илларионову, С.Н. Братуся, В.Г. Вердникова, Г.К. Толстого, С.С. Алексева, Н.Д. Егорова (перечень литературы см.: Малеина М.Н. Личные неимущественные права: понятие, осуществление, защита. 2-е изд. М.: МЗ Пресс, 2001. С. 25). Из более современной литературы см.: Малеина М.Н. Указ. соч. С. 27–29; Красавчикова О.А. Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. Екатеринбург, 1994. С. 23–24; Гонгало Б.М. Предмет гражданского права // Проблемы теории гражданского права: Сб. статей. М.: Статут, 2003. С. 16–18.

режим названных объектов, отечественному законодателю пока не удалось¹.

Обратите внимание, «в большинстве случаев» исключается «полноценное» гражданско-правовое регулирование. Создать систему правил «пока» не удалось. Это значит, что «не в большинстве случаев» или «неполноценно» гражданское право все же регулирует. И если удастся создать систему правил, то будет регулировать. По-моему, эта позиция выражает нежелание признать ошибочность нормы, закрепленной в ст. 2 ГК РФ, и в то же время невозможность опровергнуть очевидные факты, свидетельствующие не только о защите, но и о регулировании гражданским правом личных неимущественных отношений независимо от того, связаны они или нет с имущественными отношениями.

Но независимо от различия во взглядах все сходятся в том, что не все личные неимущественные отношения регулируются нормами гражданского права. Они могут регулироваться и другими отраслями права. В литературе даже существует концепция, которую М.Н. Малеина назвала радикальной, согласно которой отношения по поводу благ, неотделимых от личности, образуют самостоятельный предмет регулирования, регулируются не только гражданским правом и могут образовать в будущем новую отрасль законодательства и новую отрасль права (В.А. Тархов, О.В. Иванов, М.И. Кулагин, Н.Д. Витрук)². Но как тогда отграничить отношения, регулируемые гражданским правом, от других?

Спорным является вопрос о выделении в предмете гражданского права организационных отношений. Впервые выдвинутое О.А. Красавчиковым в 1966 г.³ положение не было воспринято ни доктриной⁴, ни законодательством, но тем не менее до сих пор активно пропагандируется многими учеными⁵.

¹ См.: Российское гражданское право. Т. 1. 2010. С. 69.

² Перечень литературы см.: Малеина М.Н. Указ. соч. С. 23–24.

³ См.: Красавчиков О.А. Организационные гражданско-правовые отношения // Советское государство и право. 1966. № 70. С. 50–57.

⁴ См., например: Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. 1. Л., 1975. С. 96.

⁵ См., например: Илларионова Т.И. Гражданско-правовые организационные отношения и способы их защиты // Гражданское право, экономика и стандартизация: Межвуз. сб. науч. трудов. Вып. 64. Свердловск, 1978. С. 28–37; Васева Н.В. Имущественные и организационные гражданско-правовые договоры // Гражданско-правовой договор и его функции: Межвуз. сб. науч. трудов. Свердловск, 1980. С. 53–69; Мартемьянова А.М. Об организационных отношениях в предмете гражданского права // Актуальные проблемы гражданского права: Межвуз. сб. науч. трудов. Свердловск, 1986. С. 133–143; Она же. Функции организационных отношений в сфере поставок // Роль советского гражданского права в ускорении социально-экономического развития социалистического общества: Межвуз. сб. науч. трудов. Свердловск, 1987. С. 61–67; Она же.

О.А. Красавчиков выделял четыре группы организационных отношений (предпосылочные, делегирующие, контрольные, информационные). Современные исследователи также выделяют определенные группы организационных отношений как предмета гражданского права.

Видимо, можно согласиться с включением организационных отношений в предмет гражданского права, хотя это предмет специального исследования. Но при этом для меня принципиально важным является признание всеми авторами того факта, что далеко не все организационные отношения имеют гражданско-правовую природу (административно-правовые, трудовые отношения)¹. Т.е. опять круг отношений, регулируемых гражданским правом, остается неопределенным, и ограничение этого круга по критериям предмета гражданского права сделать невозможно.

Некоторые авторы считают, что отрасли права (за исключением государственного и международного) имеют дело только с тремя группами отношений – имущественными, личными и организационными (управленческими). Они являются общими и сквозными для предмета всех отраслей права².

4.2. ПРЕДМЕТ ИЛИ МЕТОД – ЧТО ГЛАВНОЕ?

Таким образом, и имущественные, и личные, и организационные (если их включить в предмет гражданского права) отношения могут быть предметом как гражданского, так и иных отраслей права. Как мы видим, четких критериев отграничения отношений, регулируемых гражданским правом, от других предмет гражданского права не дает.

Каким же дополнительным критерием пользуются, чтобы отграничить эти отношения? Ответ общеизвестен. В п. 1 ст. 1 ГК РК говорится: «...**основанные на равенстве участников** имущественные отношения,

Объект организационного отношения // Проблемы обязательственного права: Межвуз. сб. науч. трудов. Свердловск, 1989. С. 66–73; *Захаров В.А.* Создание юридических лиц: правовые вопросы. М., 2002; *Гонгало Б.М.* Предмет гражданского права // Проблемы теории гражданского права / Институт частного права. М.: Статут, 2003. С. 18–20; *Гражданское право. Т. 1* / Под ред. А.П. Сергеева, 2008. С. 22–27 (автор главы – В.В. Ровный); *Ровный В.В.* Предмет гражданского права в Гражданском праве Российской Федерации // *Гражданское право в системе права*. С. 60–63.

¹ Там же. С. 27.

² См.: *Лившиц Р.З.* Выступление на «круглом столе» журнала «Советское государство и право»: Система советского права и перспективы его развития // *Советское государство и право*. 1982. № 6. С. 95.

а также связанные с имущественными личные неимущественные отношения». В соответствии с этим в казахстанской литературе используется критерий равенства для определения гражданского права и его предмета¹.

В п. 1 ст. 2 ГК РФ несколько иная формула: «... имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников». В соответствии с этим в российской литературе в качестве критерия отграничения называют обычно признаки равенства, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников². Но ведь все эти признаки относятся не к предмету, а к методу гражданского права³.

Сведение признаков метода к юридическому равенству расценивается в литературе как упрощающий и обедняющий содержание метода гражданского права. Но тем не менее признак юридического равенства и Е.А. Сухановым признается составляющим основную характеристику метода гражданского права⁴.

Так что же является определяющим в выделении гражданского права как самостоятельной отрасли права: предмет или метод?

О.С. Иоффе подверг критике попытки придать методу регулирования характер решающего признака отграничения гражданского права от других отраслей права. Он писал: «Так, например, М.М. Агарков утверждал, что «разграничение гражданского и административного права должно идти по линии отграничения имущественных отношений от организационных отношений»⁵. Различие же между названными отношениями он усматривал в том, что организационные отношения строятся как «отношения власти и подчинения»⁶. Но элементы власти и подчинения точно так же, как начало юридического равенства характеризуют, не предмет, а метод регулирования. Стало быть, имен-

¹ См., например: Гражданское право. Общая часть: Курс лекций. Алматы: Нур-Пресс, 2006. С. 11 (автор главы — О.С. Иоффе).

² См., например: Гражданское право. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева. С. 33; Российское гражданское право. Т. 1 / Под ред. Е.А. Суханова. 2010. С. 78.

³ См. например: Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 6-е изд. Т. 1. М., 2002. С. 9, 13 (автор главы — Н.Д. Егоров); *Брагинский М.И.* О месте гражданского права в системе «право публичное — право частное». С. 67; Гражданское право. Общая часть. Курс лекций. Алматы: Нур-Пресс, 2006. С. 10 (автор главы — О.С. Иоффе).

⁴ См.: Российское гражданское право. Т. 1 / Под ред. Е.А. Суханова, 2010. С. 71 (автор главы — Е.А. Суханов).

⁵ *Агарков М.М.* Предмет и система советского гражданского права // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 2. М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. С. 290–291.

⁶ Там же.

но метод, а не предмет регулирования выдвигался М.М. Агарковым в качестве решающего признака отграничения гражданского права от права административного¹.

Можно понять возмущение О.С. Иоффе, который пресекает малейшие попытки как-то отойти от устоявшихся, фундаментальных и незыблемых положений теории гражданского права. Тем не менее факт остается фактом: признаки, характеризующие предмет гражданского права, не дают возможности отграничить эти отношения от отношений, регулируемых другими отраслями права.

Разграничение этих отношений по отраслям проводится только по признакам, характеризующим методы права, по признаку юридического равенства для гражданского, семейного, трудового права, по признаку власти и подчинения — для административного, налогового, финансового и других отраслей публичного права.

Интересную эволюцию взглядов продемонстрировал С.С. Алексеев. Он был одним из основателей классической точки зрения на преобладающее значение для разграничения отраслей права предмета правового регулирования².

Однако в последнее время он резко изменил свою позицию. Он совершенно справедливо отмечает, что деление права на отрасли по предмету было введено А. Вышинским в духе марксистских постулатов, построенных на утверждении «простых истин». По мнению С.С. Алексеева, отрасли права отличаются как раз тем, что для них характерно юридически своеобразное регулирование с точки зрения их правовой природы. Отрасли права не просто зоны юридического регулирования, не искусственно скомпонованные совокупности норм по «предмету», а реально существующие и юридически своеобразные подразделения в самом юридическом содержании права. А ни в чем ином, кроме как в юридических особенностях, иными словами, в особых режимах регулирования, эта юридическая специфика отдельных структурных подразделений права выразиться не может.

Наиболее существенные черты отраслевого режима могут быть охарактеризованы при помощи двух основных компонентов: а) особых средств и приемов регулирования, специфики регулятивных свойств данного образования; б) особенностей принципов, положений, пронизывающих содержание данной отрасли с интеллектуальной стороны³.

¹ См.: Гражданское право. Т. 1. Алматы, 2006. С. 11.

² См., например: Алексеев С.С. Предмет советского социалистического права // Ученые труды Свердл. юрид. ин-та. Т. 1. Свердловск, 1959.

³ См.: Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 248–252.

Если оставить в стороне принципы и общие положения, то суть правового режима заключается в особых средствах и приемах регулирования, а это не что иное, как метод правового регулирования.

В другом месте книги С.С. Алексеев пишет: «Методы субстанциональны, неотделимы от правовой материи. Они выражают самую суть, стержень того или иного юридического режима регулирования; следовательно, в системе права они служат именно тем объединяющим началом, которое компонует правовую ткань в главные структурные подразделения — отрасли права»¹.

Таким образом, сейчас С.С. Алексеев полностью отрицает значение предмета правового регулирования и признает за методом правового регулирования определяющую роль в выделении отраслей права.

Так что же является определяющим для разграничения права на отрасли? Из данной ситуации возможны, на мой взгляд, три выхода:

1) признать, что определяющим для разграничения отраслей права является не предмет, а метод правового регулирования;

2) признать, что принципы равенства и власти-подчинения относятся не к методу, а к предмету правового регулирования;

3) признать верным и то, и другое и определить, что принципы равенства и власти-подчинения как составляющие метода правового регулирования являются отражением каких-то глубинных процессов в предмете правового регулирования.

Мне кажется правильным третий вариант. Методы правового регулирования не могут возникнуть сами по себе. Они должны отражать реально существующие общественные отношения и характер этих отношений.

Современные исследователи, излагая азбучные истины о предмете и методе гражданского права (предмет — имущественные и личные неимущественные отношения, метод — дозволительный или диспозитивный), как-то упускают из виду ту дискуссию, которую вели классики гражданского права в середине прошлого столетия.

Одни ученые, которые считали невозможным провести отграничение гражданско-правовых отношений только по предмету регулирования, относили признак равенства к методу гражданско-правового регулирования². Другие, считавшие возможным разграничить административно-правовые отношения по предмету, обнаруживали равенство и в самих регулируемых гражданским правом общественных

¹ См.: Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 370—371.

² См., например: Аскназий С.И. Гражданское и административное право в социалистической системе воспроизводства // Учен. записки ЛГУ. Сер. юрид. наук. Вып. 3. Л., 1951. С. 67—69; Иоффе О.С. Советское гражданское право. М.: Юрид. лит., 1967. С. 14.

отношениях¹. В частности, С.Н. Братусь считал равенство участников важнейшим признаком имущественных отношений, регулируемых гражданским правом², а Ю.К. Толстой хотя и называл этот признак дополнительным, придавал ему решающее значение как для отграничения предмета гражданского права от других имущественных отношений, так и для формирования гражданско-правового метода регулирования³. К мнению С.Н. Братуся присоединился и С.С. Алексеев⁴.

В.Ф. Яковлев, поддерживая эту позицию, справедливо отметил, что нельзя согласиться с мнением авторов, отрицающих значение метода для разграничения отраслей права. Но несомненно то, что метод может характеризоваться лишь такими признаками, объективные основания которых заложены в регулируемых отношениях. Юридическое равенство как черта гражданско-правового метода должно найти свое обоснование в самих отношениях, опосредуемых гражданским правом⁵.

Я хочу специально выделить одно высказывание В.Ф. Яковлева: «Именно для разграничения гражданско-правовых и административно-правовых отношений, которые складываются в процессе государственного управления экономикой, в основном, и используется в литературе признак равенства или неравенства в положении участников отношений»⁶.

Это совершенно замечательное высказывание, сделанное почти 40 лет назад. Отсюда остается только один шаг до признания частных и публичных отношений в качестве критерия разграничения отраслей права. Ведь когда мы говорим о равенстве в положении участников отношений, налицо частные отношения, когда говорим о неравенстве — имеем публичные отношения. Тогда логично звучит и предыдущее высказывание В.Ф. Яковлева: «Метод правового регулирования имеет объективное основание в регулируемых отношениях». Таким основанием для метода равенства и метода власти — подчинения является деление общественных отношений на частные и публичные.

¹ См. редакционную статью журнала «Советское государство и право», в которой были подведены итоги дискуссии о предмете советского гражданского права (Советское государство и право. 1955. № 5).

² См.: Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М.: Юрид. лит., 1963. С. 52—56.

³ См.: Толстой Ю.К. Кодификация гражданского законодательства в СССР (1961—1965 гг.): Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. С. 6—8.

⁴ См.: Алексеев С.С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Сб. учен. трудов Свердл. юрид. ин-та. Вып. 13. С. 30.

⁵ См.: Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972; 2-е изд. М.: Статут, 2006. С. 55.

⁶ См.: там же.

4.3. МЕТОД ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ КАК КРИТЕРИЙ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Понятие метода правового регулирования

Методам правового регулирования традиционно уделяется не очень много внимания в юридической литературе. Можно назвать лишь несколько монографий, специально исследующих метод правового регулирования¹.

В юридической литературе высказываются различные взгляды на понятие отраслевого метода правового регулирования, но наиболее распространенное и приемлемое — это определение отраслевого метода (как и общеправового) как специфического способа воздействия отраслей права на регулируемые отношения, на поведение людей, способ организации правовой связи участников регулируемых отношений².

Другое аналогичное определение выглядит следующим образом: «отраслевой метод правового регулирования — это совокупность юридических приемов, средств, способов, отражающих своеобразие воздействия отрасли права на общественные отношения, направленных непосредственно на формирование и выражение вовне возможного и должного поведения субъектов в регулируемых данной отраслью отношениях»³.

И наконец, понятие единого общеправового метода правового регулирования: «правовой метод есть совокупность юридических приемов, средств, способов воздействия социальных управляющих систем, входящих в государственный аппарат, на социально-правовую среду в целом и на составляющие ее элементы»⁴. Несколько заумно, но в принципе верно.

При определении признаков гражданско-правового метода В.Ф. Яковлев, выступая резко против признания признака юридического равенства в качестве единственного или определяющего признака метода гражданского права, пытается сконструировать ряд приемов, характеризующих данный метод. Он исходит из того, что в зависимости

¹ См.: *Витченко А.М.* Метод правового регулирования социалистических общественных отношений. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1974; *Сорокин В.Д.* Метод правового регулирования: теоретические проблемы. М.: Юрид. лит-ра, 1976; *Процевский А.И.* Метод правового регулирования трудовых отношений. М.: Юрид. лит-ра, 1972; *Яковлев В.Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972; 2-е изд., доп. М.: Статут, 2006.

² См.: *Яковлев В.Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд. доп. М.: Статут, 2006. С. 82–86.

³ См.: *Витченко А.М.* Указ. соч. С. 60.

⁴ См.: *Сорокин В.Д.* Указ. соч. С. 84.

от характера регулируемых отношений право пользуется велениями различного содержания. В одних случаях право прежде всего позволяет определенное поведение, в других — обязывает к какому-то поведению, в третьих — запрещает определенное действие или бездействие. В уголовном праве используются запреты, в административном — возложение обязанностей, в гражданском праве — дозволение определенного поведения, наделение участников отношений субъективными правами. Поэтому главное в методе гражданского права — дозволительная направленность¹.

Однако предложенные признаки не могут быть надежными критериями разграничения отраслей права, ибо и дозволения, и обязывания, и запреты применяются в той или иной степени во всех отраслях права.

В.Ф. Яковлев сам признает это², но он считает, что отрасли права резко отличаются друг от друга преобладанием одного или специфическим сочетанием нескольких из названных видов предписаний, непосредственно выраженных в их нормах³.

Получается, что в гражданском праве больше дозволений, в уголовном праве больше (или очень много) запретов, в административном праве больше (намного больше) обязываний. Таким образом, применяется количественный критерий: где-то больше, где-то меньше. Такой критерий создает неопределенность и не может быть надежным критерием разграничения отраслей права.

Критерий должен быть таким, что признак, который применяется в одной отрасли права (вернее, в одной группе отраслей права), не может быть применен в системе других отраслей права. Для гражданского права (и для частного права в целом) другого признака, чем признак юридического равенства, я не вижу.

Интересна в этом плане позиция В.Д. Сорокина. Подвергнув убедительной критике господствующую позицию, что каждая отрасль права имеет свой метод, он доказывает, что существует только единый метод правового регулирования. Структурируя единый метод, он выделяет три основных способа воздействия на поведение субъектов права и субъектов правоотношений — дозволение, предписание и запрет. Метод правового регулирования может существовать и выполнять свою

¹ См.: Яковлев В.Ф. Указ. соч. С. 92–98.

² Он пишет, в частности, «разумеется, в каждой отрасли права имеются нормы, содержащие и тот, и другой, и третий вид велений. Более того, все их виды между собой тесно связаны: использование одного предполагает наличие двух других»; «любая отрасль права использует все перечисленные способы воздействия на отношения» (См.: Яковлев В.Ф. Указ. соч. С. 92–93).

³ См.: там же.

функцию как система трех первоначальных способов воздействия — дозволения, предписания и запрета¹.

Таким образом, по В.Д. Сорокину получается, что все три элемента единого метода присутствуют в каждой отрасли права. Однако как же он разделяет между собой отрасли права, если есть единый метод и все три его элемента присутствуют в каждой отрасли?

Оказывается, В.Д. Сорокин выделяет три типа правового регулирования, в каждом из которых один элемент является преобладающим, а два других выполняют функцию его обеспечения.

В первом типе правового регулирования преобладает дозволение, и этот тип выступает как гражданско-правовой. Во втором типе преобладает предписание, и этот тип выступает как административно-правовой. В третьем типе преобладает запрет, и этот тип проявляется как уголовно-правовой тип регулирования².

Становится непонятным, чем эта позиция отличается от позиции В.Ф. Яковлева и других последователей классической теории, которых В.Д. Сорокин так samozабвенно критиковал. Она использует тот же количественный подход: в одной отрасли больше дозволений, в другой больше предписаний, в третьей — запретов. К тому же если объединить второй и третий типы регулирования (а это напрашивается, так как оба этих типа связаны с регулированием властных, публичных отношений), то получается деление методов правового регулирования на частно-правовой и публично-правовой.

Многие исследователи, даже включающие в понятие метода правового регулирования более широкий и более узкий набор признаков, тем не менее выделяют в качестве основного признак юридического равенства или признак власти- подчинения участников отношений.

В частности, С.С. Алексеев считает, что из всех элементов метода наиболее устойчивым и определяющим является общее юридическое положение субъектов. По его мнению, в этом элементе концентрируются особенности данного метода правового регулирования. И этот элемент может быть использован при разграничении норм права по отраслям, поскольку юридическое положение субъектов цементирует все элементы в единый комплекс правовых средств³.

Признание юридического равенства единственным признаком метода гражданско-правового регулирования, так же как признака власти-подчинения — единственным признаком метода админи-

¹ См.: *Сорокин В.Д.* Указ. соч.

² См.: *Сорокин В.Д.* Указ. соч. С. 114–120.

³ См.: *Алексеев С.С.* Общие теоретические проблемы системы советского права. М.: Госюриздат, 1961. С. 61–70.

стративного права, получило распространение в юридической литературе¹.

В литературе по общей теории права также укореняется точка зрения, признающая лишь два метода правового регулирования: 1) императивный (централизованный, директивный), или метод власти и подчинения, и 2) диспозитивный (децентрализованный, автономный), или метод равенства сторон регулируемых отношений².

Некоторые авторы заявляют, что при таком подходе вопрос о других правовых методах и об остальных отраслях права тем самым отпадает и снимается с повестки дня. Исчезает методологическая основа, на базе которой вырабатываются принципы правового регулирования, определяются критерии — предмет и метод, столь необходимые для систематизации и кодификации нормативного правового материала³.

Я, однако, считаю точку зрения о двух методах правильной и отвечающей современным реалиям развития права в постсоветский период. Юридическое равенство — единственный критерий, позволяющий четко и недвусмысленно отграничить гражданское и другие отрасли частного права от административного и других отраслей публичного права, где господствует другой метод — метод власти-подчинения. Эти методы позволяют провести дифференциацию частного и публичного права. Они находят свое обоснование в регулируемых правом отношениях, которые четко подразделяются на частные отношения (основанные на равенстве сторон) и публичные отношения (основанные на власти-подчинении).

Разграничение отраслевых методов регулирования общественных отношений

Слабость господствующей доктрины о предмете и методе гражданского права наглядно проявляется при определении соотношения метода гражданского права с методами других отраслей права.

¹ См.: *Аскназий С.И.* Гражданское и административное право в социалистической системе производства // Учен. записки ЛГУ. Сер. юрид. наук. Вып. 3. Л., 1951. С. 7778; *Иоффе О.С.* Правоотношение по советскому гражданскому праву. Л.: Изд. ЛГУ, 1949.

² См., например: *Общая теория права и государства: Учебник* / Под ред. В.В. Лазарева. 3-е изд. М., 2000. С. 214—216; *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. СПб.: Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. С. 634—635.

³ См.: *Лебедев К.К.* Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). СПб.: Юрид. Центр. Пресс, 2002. С. 41.

В литературе называют самые различные отраслевые методы правового регулирования, например: императивный (уголовное, административное право и др.), диспозитивный (гражданское, коммерческое право и др.), поощрения (трудовое право), автономии и равенства сторон (процессуальные отрасли права, гражданское право), рекомендаций (сельскохозяйственное право), убеждения и принуждения (для всех отраслей права)¹.

В юридической литературе применяются различные классификации методов правового регулирования общественных отношений. В частности, А.М. Витченко делит отраслевые методы на три группы: метод запретов, метод субординации и уполномочивающие методы, к которым относятся диспозитивный (гражданско-правовой), договорно-поощрительный (метод трудового права и другие методы)². Р.О. Халфина выделяет три вида средств государственного воздействия на экономику:

- 1) воздействие путем непосредственного властного предписания;
- 2) правовое регулирование автономных субъектов;
- 3) специфические меры борьбы с правонарушителями³.

В.Ф. Яковлев, отметив, что эти классификации сходны между собой, в целом поддерживает их. Но при этом он отмечает, что требуется, чтобы в основу классификации был положен единый признак (или характер правовых предписаний, или характер правовых связей субъектов, или и то, и другое, вместе взятое)⁴.

Как раз этого признака исследователям найти не удалось, на мой взгляд. Хотя Р.О. Халфина очень близко к нему приблизилась. Если первый и третий виды в ее классификации объединить (вернее, просто исключить третий вид), то классификация будет идеальной: по четкому правовому признаку — публичное право и частное право, по четко различающимся отраслевым методам — метод власти-подчинения и метод юридического равенства.

А.М. Витченко также скорректировал свою позицию. В монографии, посвященной методу правового регулирования, он выделяет уже два основных метода правового регулирования: императивный (метод запретов, метод субординации или властного приказа) и управомочивающий (диспозитивный метод, договорно-поощрительный

¹ См.: Общая теория государства и права. Академический курс в 2 т. / Под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М.: Зерцало, 1998. С. 235–236 (автор главы — И.Н. Сенякин).

² См.: Витченко А.М. Виды методов правового регулирования // Вопросы теории государства и права. Вып. 2. Саратов, 1971. С. 123–139.

³ См.: Государство, право, экономика. М.: Юрид. лит., 1970. С. 122.

⁴ См.: Яковлев В.Ф. Указ. соч. С. 216.

метод, метод рекомендаций)¹. Однако он не применил это деление к выделению публичного и частного права, а пытался применить их разновидности к различным отраслям права.

Без четких критериев разграничение отраслей права превращается в долгий, мучительный и, главное, неубедительный поиск, что продемонстрировал в своей книге В.Ф. Яковлев. Если с разграничением гражданского права с отраслями публичного права (государственным, административным, уголовным, процессуальными) ему как-то удалось справиться (хотя и не всегда убедительно), то разграничение гражданского, семейного, трудового и земельного права у него явно не получилось². Признав, что методы гражданского, семейного и трудового права относятся к группе методов, имеющих дозволительный характер, он тем не менее пытается найти для каждой отрасли самостоятельный метод. Это оказалось нереальным делом, ибо все эти отрасли обладают одним и единым методом — методом юридического равенства, что признает и сам В.Ф. Яковлев. Выходов здесь только два: или признать семейное и трудовое право подотраслями гражданского права, или признать их отраслями частного права с единым методом регулирования — методом юридического равенства.

Что касается земельного права, то В.Ф. Яковлев указывает только, что оно отпочковалось от гражданского права, но разграничивать их не пытается³, потому что с применяемым им подходом это сделать весьма затруднительно. Земельное право — это комплексная отрасль права, включающая в себя нормы гражданского и административного права и поэтому использующая оба метода — и юридического равенства, и власти-подчинения.

С такими же трудностями сталкиваются и другие сторонники концепции «каждой отрасли — свой метод»⁴.

С.С. Алексеев значительно упростил проблему, обосновав и развив теорию комплексных отраслей права, но и он пытается каждой отрасли, в том числе и комплексной, дать свой метод. В частности, к специальным основным отраслям он относит земельное право, доказывает, что комплексные отрасли могут перерасти в основные, выделяет четыре семьи отраслей (отрасли, группирующиеся вокруг государственного права, отрасли, тяготеющие к методу административно-правового регулирования, отрасли цивилистического профиля,

¹ См.: Витченко А.М. Метод правового регулирования социалистических общественных отношений. Саратов: Изд. Саратов. ун-та, 1974.

² См.: Яковлев В.Ф. Указ. соч. С. 211–235.

³ Там же. С. 223–224.

⁴ См., например: Система советского законодательства. М.: Юрид. лит., 1980. С. 44–55 (автор главы — Братусь С.Н.).

отрасли уголовно-правового цикла), причем в каждую из этих семей он включает как основные, так и комплексные отрасли права¹.

Между тем земельное право — это комплексная отрасль, поэтому она пользуется методами основных отраслей; включение в семью отраслей, где применяется один метод и основных, и комплексных отраслей, разрушает саму эту классификацию, так как комплексность отрасли в том и заключается, что она пользуется методами основных отраслей права и не обладает собственным методом.

Например, как можно включать в семью отраслей цивилистического профиля банковское право, страховое право и т.п.², если они наряду с методом юридического равенства пользуются и методом власти-подчинения, т.е. методом семьи отраслей, тяготеющих к методу административно-правового регулирования?

¹ См.: *Алексеев С.С.* Структура советского права. С. 204–207.

² См.: там же. С. 207.

ГЛАВА 5. ГЛАВНАЯ СТРУКТУРА (ОСНОВНЫЕ ОТРАСЛИ) ПРАВА

5.1. ПОНЯТИЕ ОТРАСЛИ ПРАВА

Приведем несколько определений отрасли права.

Под отраслью права понимается совокупность взаимосвязанных правовых институтов, регулирующих относительно самостоятельную обширную область, сферу общественных отношений¹.

Отрасль права — это совокупность однопорядковых норм, регулирующих определенный род общественных отношений (для института права используется термин «вид общественных отношений»)².

Отрасль права — это совокупность взаимосвязанных институтов права, регулирующих качественно однородную и относительно самостоятельную область общественных отношений³.

Отрасль права — это главное подразделение системы права, отличающееся режимом юридического регулирования и охватывающее целые участки однородных общественных отношений⁴.

Общепринятым в теории права является выделение в системе права таких отраслей, как конституционное (государственное) право, административное право, гражданское право, трудовое право, финансовое право, земельное право, уголовное право, уголовно-процессуальное право, семейное право. Причем некоторые авторы дают закрытый перечень, другие все же добавляют к перечню скромное «и др.». Это основной костяк отраслей права. Потом к нему начинаются добавления. Ряд авторов включают в состав отраслей уголовно-исполнительное право⁵.

Ю.А. Тихомиров добавляет к отраслям публичного права еще две отрасли права: судоустройство и информационное право, но поче-

¹ См.: *Сырых В.М.* Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: Юстицинформ, 2007. С. 239.

² См.: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства: Учебник для юрид. вузов и факультетов. М.: Норма, 2000. С. 430–431.

³ См.: Теория государства и права: Учебник / Под ред. Р.А. Романова, В.П. Сальникова. 2-е изд. В. 3-х т. Т. 2. СПб.: Фонд «Университет», 2010. С. 91.

⁴ См.: *Алексеев С.С.* Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 44.

⁵ См., например: Теория государства и права: Учебник / Под ред. Р.А. Ромашова, В.П. Сальникова. 2-е изд. В 3 т. Т. 2. СПб.: Фонд «Университет», 2010. С. 92 (автор главы — Е.Г. Шукшина); *Дробязко С.Г., Козлов В.С.* Общая теория права: Учеб. пособие для вузов. Минск: Амалфея, 2005.

му-то не включает в их состав уголовно-процессуальное (хотя бы!) и гражданско-процессуальное право¹.

Некоторые авторы относят к отраслям права природоохранительное право², природоресурсовое право: земельное, водное, лесное, горнорудное³.

Спорным остается вопрос о составе отраслей процессуального права. Одни авторы включают в его состав помимо уголовно-процессуального и гражданско-процессуального еще и административно-процессуальное, а некоторые – конституционно-процессуальное⁴.

В литературе советского периода постоянно предпринимались попытки каким-то образом классифицировать отрасли права. Были проведены две дискуссии о системе советского права. В результате первой дискуссии (1938–1940 гг.) было признано десять отраслей права (государственное, трудовое, земельное, колхозное, административное, бюджетно-финансовое, семейное, гражданское, уголовное, судебное право), было также выработано отрицательное отношение к делению права на частное и публичное. В результате второй дискуссии (1956–1959 гг.) было выделено три составные части системы права: 1) государственное право (как основополагающее звено системы советского права); 2) материальные отрасли (уголовное, гражданское, административное, трудовое, колхозное и семейное право); 3) уголовно-процессуальное и гражданско-процессуальное право.

Мне кажется, многие учебники по теории права при изложении системы права остались на уровне первой дискуссии (убрав только вследствие исчезновения колхозов колхозное право) и только некоторые из них поднялись до уровня второй дискуссии.

О.С. Иоффе объявил о существовании в системе права только пяти отраслей: государственное, административное, гражданское, уголовное и процессуальное право, мотивировав это тем, что относительно других образований, таких как земельное, семейное, трудовое право, не доказано наличие или предмета, или метода⁵.

Примерно тот же круг отраслей включил С.С. Алексеев в профилирующие отрасли права. По его концепции отрасли права могут быть разделены на три основных звена:

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Публичное право: Учебник. М.: БЕК, 1995. С. 330–339.

² См. например: Сырых В.М. Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: Юстицинформ, 2007. С. 247.

³ Общая теория государства и права. Академический курс в 2 т. / Под ред. проф. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М.: Зерцало, 1998. С. 241.

⁴ Подробнее см.: § 6.3 и 7.4 настоящей работы

⁵ См.: Иоффе О.С. Гражданское законодательство Республики Казахстан. Размышление о праве. Науч. издание. Астана: ЗАО «Институт Законодательства Республики Казахстан», 2002. С. 15–16.

1) профилирующие, базовые отрасли, охватывающие главные правовые системы; причем из них нужно выделить и поставить над всей системой отраслей действительно базовую отрасль всей системы — конституционное право;

2) специальные отрасли, где правовые режимы модифицированы, приспособлены к особым сферам жизни общества: трудовое право, земельное право, финансовое право, право социального обеспечения, семейное право, уголовно-исполнительное право;

3) комплексные отрасли, для которых характерно соединение разнородных институтов профилирующих отраслей: торговое право, право прокурорского надзора, морское право. В настоящее время формируются своеобразные сферы комплексного характера, юридически опосредующие новые «слои специальности» (экологическое право, информационное право, предпринимательское право), и, более того, нарастает тенденция их перерастания в основные отрасли¹.

С.С. Алексеев пытается найти логическое обоснование своей концепции фундаментальных базовых отраслей. Я не могу удержаться, чтобы не привести его рассуждения о логике права применительно к фундаментальным отраслям.

Итак, С.С. Алексеев пишет: «Отличительные особенности профилирующих (базовых) отраслей, раскрывающие их значение в качестве ядра системы права, заключаются в том, что они концентрируют (главные) юридические режимы — режимы качественно своеобразные, исходные по специфике правового регулирования, предопределяющие основные типовые особенности юридического инструментария».

В связи с этим фундаментальные, базовые отрасли:

1) исчерпывающе концентрируют генеральные юридические режимы, групповые методы правового регулирования;

2) отличаются юридической чистотой, яркой контрастностью, юридической несовместимостью по отношению друг к другу, что исключает возможность взаимного субсидиарного применения входящих в данные отрасли норм;

3) являются юридически первичными, т.е. содержат исходный правовой материал, который затем так или иначе используется при формировании правовых режимов других отраслей, и вследствие этого выступают в качестве заглавных подразделений целых групп отраслей права (например, гражданское право — заглавной частью группы отраслей цивилистического профиля);

¹ См.: Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования.. М.: Статут, 1999. С. 45–46. Эта концепция была изложена с некоторыми различиями и в более ранних работах С.С. Алексеева, в том числе в его фундаментальном труде «Структура права» (М., 1965).

4) в своей совокупности, как и положено ядру целостной системы, имеют стройную, законченную архитектуру, четкие закономерные зависимости, иерархические связи.

На последний из указанных моментов хотелось бы обратить особое внимание. Здесь, в самом ядре правовой системы, следует прежде всего выделить своего рода юридическую первооснову — конституционное право, а затем, так сказать, «два раза по три».

Прежде всего выделяют **три** материальные отрасли. Именно — три, не более и не менее. С одной стороны, выделяют административное и гражданское право — две профилирующие отрасли регулятивного плана (две, потому что они как раз выражают две определяющие сферы — публичное и частное право и сообразно этому воплощают в своих юридических режимах в наиболее чистом виде первичные по своему значению методы — централизованное и диспозитивное регулирование), а с другой стороны, выделяют профилирующую отрасль, нацеленную в основном на выполнение охранительных задач, — уголовное право.

В последнем случае речь идет о той единственной отрасли, выделившейся из правоохранительной сферы (другие правоохранительные институты остаются в пределах регулятивных отраслей), которая концентрирует наиболее жесткие меры государственно-правового воздействия — реакцию государства в целом на общество опасные правонарушения — преступления.

От трех этих профилирующих материальных отраслей права (гражданского, административного, уголовного) идут генетические, функциональные и структурные связи к соответствующим трем (опять-таки трем, не более, но и не менее) процессуальным отраслям — гражданскому процессуальному, административно-процессуальному, уголовно-процессуальному праву.

Забегая вперед, нужно уже сейчас сказать, что перед нами строгая логика права, одно из ярких проявлений присущих праву специфических закономерностей того, что при всем многообразии отраслевых юридических режимов существует ядро правовой системы, а в нем — начальные, исходные элементы юридического инструментария (регулятивные и охранительные механизмы; централизованный и диспозитивный методы; материальное и процессуальное). И все это получает первичное и исчерпывающее воплощение в отраслях указанного «ядра», в профилирующих (базовых) отраслях¹.

Все это звучит, конечно, красиво, даже поэтично, но я не сказал бы, что очень убедительно.

¹ См.: *Алексеев С.С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2001. С. 66–68.

Во-первых, опасно создавать закоряченные структуры: семь (не более и не менее?), три (не более и не менее?).

Вопрос об административном процессуальном праве весьма спорен. Если его признать, то встает вопрос о конституционном процессуальном праве, о котором все чаще говорят в литературе. Тогда получится, что существует четыре материальные отрасли и четыре процессуальные (четыре – не больше, но и не меньше). Тоже очень логично и красиво.

Почему нельзя (если исходить из отрицания деления права на публичное и частное) отнести к фундаментальным земельное и финансовое право? Вроде тоже фундаментальные и базовые.

Кроме этого, не совсем понятен статус специальных отраслей. Они как бы второго сорта? Неполющенные отрасли? Если земельное право – это специальная отрасль, а экологическое право – комплексная, то каково соотношение земельного и экологического права? Почему они в разных группах? Где водное, лесное, горное право? Если они входят в экологическое право как отрасль комплексного характера, почему нельзя включить туда земельное право?

Наконец, для комплексных отраслей права характерно соединение разнородных институтов профилирующих и специальных отраслей. Что это за разнородные институты? В чем заключается их разновидность? Не проще ли сказать «публичных и частных отраслей»?

И как это комплексная отрасль может перерасти в основную? Это в принципе невозможно.

Кстати, высказанная мной идея (четыре, не больше, но и не меньше) уже реализована В.В. Лазаревым и С.В. Липенем. В их схеме сверху расположились конституционное право и конституционно-процессуальное право. Ниже в схеме три блока: уголовное право, в который входят уголовно-процессуальное и уголовно-исполнительное право; административное право, в который входят административно-процессуальное, финансовое и земельное право; и, наконец, блок гражданского права, в который входят гражданское-процессуальное, семейное и трудовое право¹.

Четыре процессуальные отрасли публичного права выделяет Ю.А. Тихомиров при анализе проблем публичного права². Появляются учебники по конституционному процессуальному праву³. Т.В. Кашанина выделяет аж 11 процессуальных отраслей⁴. По мнению В.М. Лев-

¹ См.: Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: Учебник для вузов. 2-е изд. М.: Спарк, 2000. С. 258.

² См.: Тихомиров Ю.А. Публичное право: Учебник. М.: БЕК, 1995. С. 338.

³ См.: Конституционный судебный процесс: Учебник для вузов / Отв. ред. М.С. Сапликов. М.: Норма, 2004.

⁴ См. § 5.2 настоящей работы.

ченко и И.Н. Сенякина, система права — это не совокупность однопорядковых отраслей, а расчлененная целостность, которая носит многоуровневый иерархический характер (прежде всего в группах отраслей), объединяет в себе историческое и логическое.

Иерархическая (субординационная) структура права на отраслевом уровне включает в себя, по их мнению, несколько «срезов».

1. Интегрирующие и предметные отрасли права. К первым относятся международное право (публичное и частное) и конституционное право. Ко вторым — все иные отрасли, корреспондирующие с первыми.

2. Фундаментальные (генетически первоначальные) и специализированные отрасли права.

3. Материальное и процессуальное право.

4. Позитивно регулятивное и охранительное право.

5. Публичное и частное право.

К фундаментальным, или главным, профилирующим, отраслям материального права В.М. Левченко и И.Н. Сенякин относят конституционное, административное, гражданское, земельное, уголовное право; к специальным (или специализированным), не главным — природоресурсные отрасли (водное, лесное, горнорудное), природоохранительное, выделившиеся в процессе специализации законодательства из земельного права, семейное, выделившееся из гражданского, уголовно-исполнительное, выделившееся из уголовного.

Выделяют эти авторы и вторичные отрасли права, которые они условно называют комплексными правовыми формами¹.

В общем-то это напоминает несколько искаженный вариант концепции С.С. Алексеева, только не такой красивый и несколько хаотичный. Неизвестно, например, где расположены трудовое право и финансовое право, не очень понятно обозначены комплексные образования: вроде бы вторичные, однако удвоения нет и т.д.

Модификацией концепции С.С. Алексеева является предлагаемая Е.Г. Шукшиной классификация отраслей права по месту и роли в системе правового регулирования на основные и производные отрасли. К основным отраслям относятся такие, предмет регулирования которых четко определен и отграничивается по существенным признакам от иных сфер жизнедеятельности общества: конституционное право, гражданское право, уголовное право и административное право.

К производным отраслям относятся такие отрасли, предмет регулирования которых «вычленяется» из предмета регулирования основной

¹ См.: Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х т. Под ред. проф. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М.: Зерцало, 1998. С. 239–247.

отрасли и вне этой сферы общественных отношений существовать не может. Так, производными от гражданского права являются семейное, трудовое, гражданско-процессуальное право, производными от уголовного права — уголовно-процессуальное, уголовно-исполнительное право и т.п.

Е.Г. Шукшина предлагает также классификацию отраслей права по способу регулирования общественных отношений на отрасли материального права и отрасли процессуального права. Можно к этому добавить, что, по мнению Е.Г. Шукшиной, в отечественном праве признано пять видов процесса: гражданский, уголовный, административный, арбитражный и конституционный. Но выделяет она почему-то только две процессуальные отрасли — уголовно-процессуальное и гражданско-процессуальное право¹.

Надо сказать, это наиболее неудачная модификация концепции С.С. Алексеева. Непонятно, как процессуальные отношения, которые Е.Г. Шукшина относит к производным, могут «вычленяться» из материальных отношений.

5.2. ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫЕ И ЧАСТНОПРАВОВЫЕ ОТРАСЛИ ПРАВА

Анализ различных классификаций отраслей права, предлагаемых в юридической литературе, показал, что в них нет достаточно точного, безошибочного критерия, по которому все отрасли права могут достаточно прочно, безальтернативно расположиться в той или иной группе предлагаемой классификации отраслей.

Между тем существует достаточно четкий критерий деления отраслей права на группы. Это деление права признается практически всеми юристами. О нем начали говорить еще в римском праве. Это деление на публичное право и частное право.

Однако в силу того, что есть большая группа отраслей, которые не попадают прямо ни в публичное, ни в частное право, вернее, содержат в себе признаки и публичного, и частного права. Поэтому почти никто из юристов, за некоторыми исключениями, не пытался применить деление права на публичное и частное к классификации отраслей права. Во многом это связано с отрицанием наличия в системе права комплексных отраслей.

¹ См.: Теория государства и права: Учебник / Под ред. Р.А. Ромашова, В.П. Сальникова. 2-е изд. В 3 т. Т. 2. СПб.: Фонд «Университет», 2010. С. 92–93.

Хотя даже С.С. Алексеев, который и разработал теорию удвоения структуры права и обосновал наличие в системе права комплексных отраслей, который также придавал большое значение делению права на публичное и частное, называя их двумя «юридическими галактиками»¹, тем не менее не применил два этих взаимосвязанных положения к классификации отраслей права. Более того, он утверждает, что деление на публичное право и частное право не связано с делением права на отрасли².

Между тем проблема классификации отраслей права решается довольно просто, если применить к этой классификации принципы системного подхода, в данном случае — положения об иерархии структур системы права³.

В системе права выделяется две структуры: основная, в которой отрасли права делятся по признаку принадлежности их к публичному праву или к частному праву, и вторичная, в которой располагаются комплексные отрасли права.

Вторичность структуры в том, что входящие в нее нормы регулируют и публичные, и частные отношения. Соответственно в комплексных отраслях права используются методы и юридического равенства, и власти-подчинения. Причем используются в различных сочетаниях. Если применяется в большей степени метод власти-подчинения, комплексная отрасль стремится к публичному, если метод юридического равенства — к частному праву.

При таком подходе все без исключения отрасли права, и те, которые реально существуют, и те, что только появились в результате изменения и развития общественных отношений (право Интернета), и те, которые сформируются в будущем, всегда точно найдут свое место в системе права.

Если они основаны на методе правового регулирования власти-подчинения — это отрасль публичного права, если на методе равенства сторон — отрасль частного права. Если в процессе правового регулирования используется как метод власти-подчинения, так и метод равенства, — это комплексная отрасль. Ясно, просто, четко и красиво, какой и должна быть истинная теория.

Определенное деление отраслей права по их принадлежности к публичному или частному праву в литературе все же проводится. Например, Ю.А. Тихомиров к отраслям публичного права относит конституционное право, административное право, финансовое право,

¹ См.: Алексеев С.С. Частное право. М.: Статут. С. 29–31.

² См.: там же.

³ См.: § 2.2 настоящей работы.

бюджетное законодательство (!), налоговое законодательство (!), уголовное право, судостроительство, процессуальное право, международное публичное право, информационное право¹. Из этого можно сделать вывод, что все остальные отрасли относятся к частному праву. Правда, Ю.А. Тихомиров почему-то говорит о частном и социальном праве. К отраслям социального права, предназначенного, по его мнению, не только для реализации индивидуальных прав граждан, но и для их защиты (!), он относит трудовое, экологическое, земельное, предпринимательское, банковское право и др.²

Что это за социальное право и как оно соотносится с публичным и частным правом, не совсем понятно. Судя по перечислению отраслей права это, скорее всего, комплексные отрасли права. Ю.А. Тихомиров решительно отграничивает социальное право и от частного, и от публичного. Непонятно, как можно отграничить от публичного права земельное, предпринимательское и банковское право, в которых львиную долю занимают нормы административного права. И почему эти чисто хозяйственные, экономические отрасли права названы отраслями социального права?

Е.А. Суханов в целом поддерживает деление права на публичное и частное и считает, что в общую систему частного права входят четыре самостоятельные правовые отрасли: гражданское право, семейное право, трудовое право, международное частное право³.

Весьма своеобразную классификацию отраслей предложила Т.В. Кашанина. К частному праву она относит помимо гражданского земельного, семейного, наследственного, изобретательского, авторского, трудового, предпринимательского право.

В публичном праве она выделяет уголовное, конституционное, административное, финансовое право, ряд отраслей процессуального права, право социального обеспечения, экологическое право⁴.

Можно было бы возразить по каждому пункту данной классификации, но, как выясняется, в этом нет большой необходимости, так как несколькими абзацами ниже Т.В. Кашанина сама себя опровергает.

Как она пишет дальше, практически все указанные отрасли частного права в той или иной мере имеют публично-правовые элементы, так же как и некоторые публично-правовые отрасли содержат

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Публичное право: Учебник. М.: БЕК, 1995. С. 330–339.

² Там же. С. 345.

³ См.: Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. Т.1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 61–62.

⁴ См.: Кашанина Т.В. Частное право: учебник. М.: Эксмо, 2009. С. 35.

элементы частного права. Есть отрасли, в отношении которых нельзя определенно сказать, какие начала (частные или публичные) в них перевешивают, например природоресурсовое право¹.

Можно сказать, что Т.В. Кашанина практически расписалась в своем бессилии разделить отрасли по признаку «публичное — частное». Она называет 20 отраслей права, причем совершенно произвольно выделенных (непонятно, например, почему она выделяет общепризнанные подотрасли гражданского права — наследственное, изобретательское, авторское — в самостоятельные отрасли). Из этих отраслей только конституционное, финансовое и экологическое право являются, по ее мнению, чисто публичными (что спорно относительно всех трех отраслей, как будет показано дальше). Но даже административное право, оказывается, имеет и частноправовые элементы.

Из шести процессуальных отраслей, которые она выделяет, только три (бюджетный процесс, налоговый процесс, административный процесс) являются публичными, а три других (уголовный процесс (!), гражданский процесс, арбитражный процесс) уже почему-то публично-частные.

Насчет природоресурсного права она сомневается, публичное оно или частное. Но предпринимательское право, в котором (по ее схеме) половину норм составляют публичные нормы, она почему-то относит к частному праву².

И так по любой отрасли права.

Если принцип деления отраслей по признаку «публичное—частное» не работает, зачем его применять? Собственно, в дальнейшем исследовании Т.В. Кашанина от этого признака практически отказывается³.

Тем не менее автор выделяет 14 материальных отраслей публичного права (конституционное, гуманитарное, избирательное, парламентское, муниципальное, информационное, финансовое, налоговое, бюджетное, банковское, экологическое право, право социального обеспечения) и 11 процессуальных отраслей публичного права (конституционный процесс, избирательный процесс, административное процессуальное право, бюджетный процесс, налогово-процессуальное право, дисциплинарный процесс, гражданский процесс, арбитражный процесс, уголовный процесс, гражданско-исполнительное право, уголовно-исполнительное право)⁴.

На мой взгляд, частное право включает в себя гражданское право (системообразующая отрасль), семейное право, трудовое право (част-

¹ См.: Кашанина Т.В. Частное право: Учебник. М.: Эксмо, 2009. С. 35.

² Там же. С. 35—37.

³ Там же. С. 439—434.

⁴ См.: там же. С. 435—436.

ное трудовое право), международное частное право, частное процессуальное право (право альтернативного разрешения споров).

Публичное право включает в себя государственное право, административное право (системообразующая отрасль), финансовое право (в узком смысле слова), уголовное право, уголовно-процессуальное право, гражданское процессуальное право, уголовное исполнительное право, гражданское исполнительное право, право социального обеспечения.

К публичному праву относится и международное публичное право, хотя оно занимает особое положение в силу того, что не входит в национальную правовую систему.

Сформулируем определение предмета частного права, публичного права, гражданского права и других отраслей частного права.

Частное право регулирует общественные отношения (имущественные, организационные, личные) частного характера, основанные на началах юридического равенства¹.

Публичное право регулирует общественные отношения (имущественные, организационные, личные) публичного характера, основанные на началах власти-подчинения.

В принципе, определение частного права полностью применимо к определению гражданского права. Трудно отграничить определение гражданского права от определения частного права. Вычленение общественных отношений, регулируемых собственно гражданским правом, возможно только методом исключения из них общественных отношений, регулируемых другими отраслями частного права. Это связано с тем, что остальные отрасли частного права (семейное, трудовое, международное частное право) вышли из гражданского права и по существу гражданским правом являются. (Частное процессуальное право стоит особняком, о нем разговор отдельный.)

Поэтому здесь возможны два варианта:

1) Признать, что семейное, трудовое, международное частное право являются подотраслями гражданского права. Тогда частное право будет включать в себя гражданское право и частное процессуальное право;

2) Признать, что семейное, трудовое и международное частное право являются самостоятельными отраслями права. Тогда частное право будет включать в себя все эти отрасли плюс гражданское право плюс частное процессуальное право. При таком подходе предмет

¹ Наиболее соответствует такому пониманию частного права определение, данное в ст. 1 ГК Грузии: основанные на равенстве лиц имущественные, семейные и личные отношения частного характера.

гражданского права определяется путем вычленения из него предмета семейного, трудового, международного права, да и частного процессуального права тоже.

Мне представляется правильным первый вариант. Однако в настоящее время общепризнанным и в законодательстве, и в литературе считается признание этих образований самостоятельными, отдельными от гражданского права отраслями права. Потому я буду исходить из второго варианта, первый вариант возможен только *de lege ferenda*.

С учетом сказанного дадим определение предмета остальных отраслей частного права.

Семейное право регулирует брачно-семейные отношения (имущественные, организационные, личные) частного характера, основанные на началах юридического равенства.

Трудовое право регулирует трудовые отношения (имущественные, организационные, личные) частного характера между работодателем и работником, вытекающие из трудового договора, основанные на началах юридического равенства.

Международное частное право регулирует общественные отношения (имущественные, организационные) частного характера, осложненные иностранным элементом, основанные на началах юридического равенства.

Особое место в системе права занимает частное процессуальное право. Это тоже отрасль, но права не материального, а процессуального. Отличие от гражданского процессуального права в том, что гражданское процессуальное право регулирует публичные процессуальные отношения и является публичным правом; частное процессуальное право регулирует частные процессуальные отношения и является частным правом.

Предмет гражданского права можно определить следующим образом: гражданское право регулирует общественные отношения (имущественные, организационные, личные) частного характера, основанные на началах юридического равенства, за исключением общественных отношений, регулируемых семейным, трудовым, международным частным, а также частным процессуальным правом.

5.3. КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО КАК СУПЕРОТРАСЛЬ ПРАВА

Конституционное право представляет собой фундаментальную, базовую отрасль права. Оно лежит в основе всех других отраслей права и в то же время является самостоятельной отраслью права. Именно

это обстоятельство вызывало и вызывает споры относительно предмета конституционного права, ибо трудно определить границы между конституционными и иными отраслями права или представить, что одни и те же нормы входят одновременно в состав конституционного и в состав иных отраслей права.

С другой стороны, конституционное право как самостоятельная отрасль само регулирует большой и важнейший круг общественных отношений, связанных с осуществлением государственной власти.

Поэтому выявление предмета конституционного права представляет большой интерес.

Для начала приведем несколько определений конституционного права.

Конституционное право — это совокупность правовых норм, охраняющих основные права и свободы человека и учреждающих в этих целях определенную систему государственной власти¹.

Конституционное право как отрасль права — это совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения, возникающие в процессе осуществления народовластия².

Конституционное право представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения, которые образуют основу всего устройства общества и государства и непосредственно связаны с осуществлением публичной власти³.

Конституционное право — это система правовых норм, регулирующих положение человека в обществе и государстве, основы государственного строя, организацию и деятельность государственных органов, а также органов местного самоуправления⁴.

Конституционное право как отрасль права закрепляет основы конституционного строя Республики Казахстан, приоритетное положение в нем человека и гражданина и регулирует эти (основные) общественные отношения путем действия системы его норм в формах использования, соблюдения, обязывания и применения⁵.

Конституционное право Республики Казахстан — это выраженная в системе конституционно-правовых норм воля многонационального

¹ См.: *Баглай М.В.* Конституционное право Российской Федерации: Учебник для вузов. 6-е изд. М.: Норма, 2007. С. 15.

² См.: *Зиновьев А.В.* Конституционное право России: Учебник. СПб.: Изд. Р. Асланова, Юрид. Центр Пресс, 2010. С. 12

³ См.: *Дукьяненко М.В., Караев А.А.* Конституционное право Республики Казахстан: Курс лекций. Алматы: НИЦ КОУ, 2007. С. 4.

⁴ См.: *Баишев Ж.* Конституционное право Республики Казахстан: Учеб.-метод. пособие. Алматы: Жет Жаргы, 2001. С. 9.

⁵ См.: *Черняков А.А.* Конституционное право Республики Казахстан: проблемы теории и практики. Алматы, 1997. С. 61–62.

народа Казахстана, обеспеченная принудительной силой государства и направленная на закрепление и регулирование основ конституционного строя, правового положения личности, устройства гражданского общества, правового государства, его органов и институтов¹.

Конституционное право РК — это фундаментальная отрасль права, регулирующая основы организации общества и государства, а также механизм осуществления принадлежащей казахстанскому народу власти. Его также можно определить как совокупность юридических норм, регулирующих главные, коренные устои общества и государства Республики Казахстан².

Конституционное право РК как отрасль права — это совокупность правовых норм, регулирующих правовое положение личности и государственное устройство РК³.

Довольно разнообразные, но не обладающие достаточной определенностью определения. Может быть поэтому Г.С. Сапаргалиев вообще не стал давать определение конституционного права. Он пишет, что конституционное право представляет собой систему правовых норм, которые характеризуются внутренним единством и отличаются от норм других отраслей права. Внутреннее единство означает наличие у конституционных норм общих признаков, обусловленных особенностями общественных отношений, регулируемых ими. Общественные отношения, регулируемые нормами конституционного права, составляют его предмет⁴.

Получается, что конституционные отношения — это отношения, регулируемые нормами конституционного права, а конституционное право — право, регулирующее конституционные отношения. Это называется определением первого через второе, а второго через первое. Кроме того, данное определение применимо к любой отрасли права, стоит только заменить слово «конституционное» на «гражданское», «административное» и т.д.

Вопрос о том, как правильно называть данную отрасль права, имеет давнюю историю. Вначале общепринятым было название «государственное право». Однако сначала И.П. Трайниным, а затем В.Ф. Котоком было выдвинуто предложение называть эту отрасль конституционным

¹ См.: Конституционное право Республики Казахстан: Учебник. Алматы: КазГЮА, 2001. С. 11 (автор главы — А.Т. Ашеулов).

² См.: *Сагиндыкова А.Н.* Конституционное право Республики Казахстан: Курс лекций. Алматы: Білім, 1999. С. 19–20.

³ См.: *Шеретов С.Т.* Конституционное право Республики Казахстан. Краткий курс: Учебн. пособие. Алматы: Данекер, 2002. С. 6.

⁴ *Сапаргалиев Т.С.* Конституционное право Республики Казахстан. Алматы: Жет жаргы, 1998. С. 5.

правом. В 1971 г. редакция журнала «Советское государство и право» предоставила возможность двум наиболее известным представителям противоположных точек зрения изложить свои позиции: А.И. Лепешкин был сторонником понятия «государственное право», В.Ф. Коток — понятия «конституционное право».

В настоящее время господствующим является термин «конституционное право», хотя встречаются до сих пор сторонники термина «государственное право», утверждающие, что в научную дискуссию вторглась политика, которая встала на сторону понятия «конституционное право»¹.

Приведем наиболее распространенную аргументацию в пользу термина «конституционное право». Например, А.Н. Сагиндыкова пишет: «Следует поддержать позицию ученых о том, что термин «государственное право» неприемлем по следующим основаниям: во-первых, широкие круги населения, незнакомые с проблемами деления права на отрасли, отождествляют государственное право со всем внутригосударственным правом, т.е. термин понятен только специалистам; во-вторых, очень часто под государственным правом понимают только отрасль, регулирующую вопросы организации государства, хотя в действительности это далеко не так. Нормы анализируемой отрасли наряду с вопросами организации государства регламентируют основы организации общества, положение в нем личности и др. Кроме того, отношения, связанные с организацией государства, опосредуются административным правом и другими правовыми отраслями»².

Многие исследователи пришли в конце концов к отождествлению терминов «конституционное право» и «государственное право». Некоторые учебники называются «конституционное (государственное) право»³. Некоторые авторы прямо заявляют: «В настоящей работе термины «государственное право» и «конституционное право» рассматриваются как синонимы»⁴.

М.В. Баглай назвал проведение различий между этими понятиями спором о терминах. Он считает, что между ними нет принципиальной разницы, и дело чаще всего в традиции. В США и во Франции исполь-

¹ См., например: *Зиновьев А.В.* Конституционное право России: Учебник. СПб.: Изд. Р. Асланова, 2010. С. 12–15.

² См.: *Сагиндыкова А.Н.* Конституционное право Республики Казахстан: Курс лекций. Алматы: Білім, 1999. С. 8–9.

³ См., например: Конституционное (государственное) право зарубежных стран / Под ред. Б.А. Страшуна. (Т. 1 – 1993 г., Т. 2 – 1995 г., Т. 3 – 1997 г.); *Смоляженский М.Б.* Конституционное (государственное) право России. Ростов н/Д, 2002.

⁴ См.: *Козлова Е.И., Кутафин О.Е.* Конституционное право России. М., 2002. С. 9.

зуется термин «конституционное право», в Германии — «государственное право». В России в дореволюционный период использовались оба термина, после 1917 г. — «государственное право», в современных условиях — «конституционное право»¹.

Тем не менее, в литературе делаются попытки разграничить эти понятия.

Так, А.В. Зиновьев считает, что понятия «государственное право» и «конституционное право» не тождественны. Во-первых, не все нормы Конституции имеют отношение только к государственному праву. Во-вторых, в Конституции нет огромного количества государственно-правовых норм². Не совсем понятно, в чем все-таки различие, но заявление сделано.

Различает эти понятия А.А. Черняков. По его мнению, нетрадиционный подход в таком различии должен быть проведен через алгоритм бинарных закономерностей в конституционном праве, который основывается на непрекращающемся (последовательном) действии базового (социюридического) принципа — «верховенство права». В данном правовом режиме последовательно просматривается алгоритм приоритета, который указывает на исходное положение принципа верховенства права по основанию первичности воплощения в нем правовой идеи. Следовательно, если конституционное право непреложно основано на правовых принципах, то государственное право, как правило, построено на принципах юридического характера, выражающих в основном волю государства³. А.Т. Ащеулов тоже пытается провести какое-то разграничение. По его мнению, нормами государственного права регулируются общественные отношения, которые складываются в процессе осуществления власти. Конституционное право регулирует более широкий круг общественных отношений, поскольку в Конституцию включены нормы, относящиеся к собственности, семье, охране природы и т.д., которые получили дальнейшее развитие как исходные положения в соответствующих отраслях законодательства. Но и государственное право содержит положения, выходящие за пределы конституционных норм: ряд вопросов государственного управления, административного, финансового права⁴.

¹ См.: Баглай М.В. Указ. соч. С. 20–21.

² См.: Зиновьев А.В. Указ. соч. С. 14.

³ См.: Черняков А.А. Эволюция отраслевого содержания конституционного права: теоретические и методологические проблемы: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. Алматы, 2009. С. 10.

⁴ См.: Конституционное право Республики Казахстан: Учебник / Сост. А.Т. Ащеулов. Алматы: КазГЮА, 2001. С. 12–13.

На мой взгляд, слабость господствующей концепции конституционного права заключается в сохраняющейся неопределенности его предмета. Я приведу только два аргумента из той давней дискуссии о названии отрасли права и ответы на них. Аргумент первый против названия «конституционное право» такой: одна отрасль права не может быть ядром другой (других) отрасли права, не утратив своего специфического предмета, составляющего основание отрасли права. Границы отрасли становятся при этом неопределенными, и ее невозможно отличить от других отраслей.

Каков же ответ на этот аргумент? Ответ, я бы сказал, поэтически-математический.

Во-первых, конституционное право сравнивается с генеральным планом застройки города. Строительство конкретных объектов требует разработки типовых проектов, являющихся продолжением и завершением градостроительного проектирования. Градостроительный проект красной нитью проходит через детальное проектирование, «растворяется» в нем, но «растворяется», не исчезая, а воплощаясь, не теряя своего предназначения, а обретая его. Точно так же и конституционное право лежит в основе всей системы советского права, не утрачивая характера отрасли права. Во-вторых, конституционное право сравнивается с арифметикой, которая лежит в основе комплекса различных отраслей математики — алгебры, геометрии, функциональных и интегральных исчислений и многих других. В-третьих, право с его многочисленными отраслями можно сравнить с большим ветвистым деревом. Каждая ветвь этого дерева — отрасль права, а его ствол, от которого отходят ветви, — конституционное право¹.

И после такого поэтического сравнения автор сам же признает неопределенность предмета конституционного права, невозможность отграничить его от предмета других отраслей права. Не надо даже опровергать автора, достаточно просто процитировать его: «Конечно, с абсолютной точностью невозможно сказать, где кончается арифметика и начинается алгебра, ибо арифметика используется в алгебре, проникает в нее. Но это не значит, что арифметика исчезает, растворяясь в алгебре, и утрачивает свой предмет. Конечно, с абсолютной точностью невозможно показать ту точку, в которой кончается ствол и начинается ветвь дерева, ибо ветвь произрастает из ствола. Но это не значит, что, порождая ветвь, ствол перестает существовать. С математической точностью невозможно очертить и круг тех общественных отношений, которые составляют объект регулирования нормами кон-

¹ См.: Советское конституционное право / Под ред. С.И. Русиновой и В.А. Рянжина. Л.: Изд. ЛГУ, 1975. С. 10–11 (автор главы — В.А. Рянжин).

ституционного права, ибо эти отношения вплетены в сложный узор общественных отношений. Но сказанное не означает и того, что этого круга нет и что нет соответствующей отрасли»¹.

Второй аргумент, который приводили противники конституционного права, заключается в том, что конституционное право не только регулирует те общественные отношения, которые выражают основные черты организации общества и положения в ней личности, но и детально определяет организацию и деятельность представительных органов государственной власти, в связи с чем далеко не все нормы этой отрасли можно рассматривать как ядро правовой системы. Ответ на этот аргумент такой: детальное регулирование деятельности представительных органов государственной власти не означает, что государственное право «опускается» до уровня других отраслей советского права и перестает быть ядром правовой системы. Потому что важнейшим, если не самым важным, элементом политического строя является государство. Политическую же основу Советского государства составляют представительные органы государственной власти — Советы депутатов трудящихся. Поэтому детальное регулирование их деятельности не «опускает» эту отрасль до уровня, например, административного права, а, наоборот, подчеркивает ведущую роль этой отрасли права, поскольку связано с проявлением ведущей роли Советов в системе Советского государства².

Замечательный по своей неубедительности ответ, особенно если учесть фиктивный характер деятельности Советов депутатов трудящихся в советское время, когда все решали обкомы и райкомы КПСС. Даже исполнительный комитет как орган государственного управления ничего не решал. Кстати, эта ситуация с представительными органами власти сохраняется и в современном Казахстане, где Парламент и маслихаты играют декоративно-представительскую роль. Все решает администрация Президента РК и акимы на местах. Набирает силу руководящая партия Казахстана «Нур Отан».

Но я хочу обратить внимание на самый важный момент в этой дискуссии. Два вопроса и ответы на них связаны с двуединым характером конституционного права как основы для всех отраслей права и как самостоятельной отрасли права, решающей вопросы организации и деятельности органов государственной власти и местного самоуправления.

¹ См.: Советское конституционное право / Под ред. С.И. Русиновой и В.А. Рянжина. Л.: Изд. ЛГУ, 1975. С. 11 (автор главы — В.А. Рянжин).

² Там же. С. 11–12.

Эта ситуация сохранилась и в настоящее время. Дискуссии сейчас поутихли, но неопределенность, нерешенность проблем и двуединый характер предмета конституционного права остаются.

Эту особенность предмета конституционного права признают практически все специалисты конституционного права.

Я приведу только несколько высказываний, от самых ранних до более современных.

1. Советское государственное право имеет, следовательно, таким предметом как бы двуединый объект регулирования, ибо нормы данной отрасли, с одной стороны, закрепляют основы экономической и политической организации общества (к ним относятся конституционные нормы, выражающие коренные устои общественного строя СССР), а с другой стороны, непосредственно и в полном объеме регулируют более конкретные общественные отношения, а именно: порядок организации и деятельности представительных органов государственной власти, их компетенцию, основы правового положения личности, национально-государственное устройство, различные формы осуществления непосредственной демократии и др.

Конституционные нормы, закрепляющие основы экономической и политической организации советского общества, являются исходными для всех других отраслей советского права¹.

2. Следует обратить внимание на ряд моментов определения предмета регулирования советского государственного права.

Здесь речь идет о двух группах общественных отношений. Первая группа — это общественные отношения, которые составляют основы полновластия народа в СССР. Закрепление основ полновластия народа является одной из основных характерных черт советского государственного права, отличающих его от других отраслей советского права.

Понятие полновластия народа не тождественно понятию государственной власти, им осуществляемой. Полновластие народа проявляется в различных формах, прежде всего в форме государственной власти. Поэтому во вторую группу входят общественные отношения, которые возникают именно в процессе осуществления принадлежащей народу государственной власти. В этом состоит другая характерная особенность общественных отношений, регулируемых советским государственным правом².

3. Предмет конституционного права охватывает две основные сферы общественных отношений:

¹ См.: Уманский Я.Н. Советское государственное право / Под ред. К.А. Мокичева. М.: Госюриздат, 1959. С. 5.

² См.: Советское государственное право: Учебник. 2-е изд. М.: Юрид. лит., 1985. С. 13 (автор главы — С.С. Кравчук).

1) охраны прав и свобод человека (отношения между человеком и государством);

2) устройства государства и государственной власти (властеотношения). Отношения между человеком и государством регулируются не только конституционным правом, но и другими отраслями права (административным, трудовым и др.). Но конституционное право содержит нормы основополагающего характера, из которых складываются правовой статус человека, его основные права и свободы¹.

4. У конституционного права две главные задачи: во-первых, закрепление основ всего строя общества и государства, характера власти в стране, статуса личности; эти основы развиваются и детализируются далее в нормах различных отраслей права и прежде всего самого конституционного права; во-вторых, детальное урегулирование механизмов осуществления государственной власти и власти местного самоуправления².

5. И наконец, последнее определение, наиболее четко и недвусмысленно отражающее, на мой взгляд, ситуацию, сложившуюся в современном конституционном праве. Предмет конституционного права носит двуединый характер, т.е. включает в себя две группы общественных отношений:

1) общественные отношения, которые регулируются нормами конституционного права в общем, а конкретная регламентация осуществляется нормами других отраслей права;

2) общественные отношения, которые регулируются только нормами конституционного права (организация государственной власти и т.п.)³.

Таким образом, совершенно очевидно, что конституционное право как отрасль права состоит из двух самостоятельных частей:

1) конституционное право, которое непосредственно регламентирует общественные отношения, связанные с осуществлением государственной власти. Эту часть конституционного права можно назвать «конституционное государственное право»;

2) конституционное право, выступающее основой всех остальных отраслей национального права. Эту часть можно назвать «конституционные основы отраслей национального права».

¹ См.: Баглай М.В. Указ. соч. С. 17–18.

² См., например, Агиевец С.В. Конституционное право зарубежных стран: Учеб.-метод. пособие / С.В. Агиевец, И.А. Белова. Гродно: ГрГУ, 2001. С. 5.

³ См.: Сагиндыкова А.Н. Конституционное право Российской Федерации и Республики Казахстан: общие черты и особенности: Учебн. пособие (курс лекций). Алматы: Білім, 2004. С. 6.

Рассмотрим «конституционные основы отраслей национального права».

Прежде всего отметим, что конституционное право выступает основой не только основных отраслей права (публично-правовых и частноправовых), но и комплексных отраслей права. Конституционное право представляет собой суперотрасль права, надотрасль, стоящую над всеми отраслями национального права и выступающую их основой. Отсюда возникает вопрос: к какой группе отраслей — публичному или частному праву — относится конституционное право?

Конституционное право обычно относят к публичному праву, причем к его основной части¹.

Однако существуют и другие точки зрения. А.А. Черняков делит национальное право Республики Казахстан на публичное право (административное, административно-процессуальное, уголовное, уголовно-процессуальное, финансовое и финансово-процессуальное, пенитенциарное (исправительно-трудовое) и другие отрасли права), частное право (гражданское и семейное) и публично-частное право. К публично-частному праву он относит конституционное право Республики Казахстан как интегрирующую отрасль позитивного права².

Конституционное право (в интеграционном значении) А.А. Черняков понимает как совокупность основных общественных отношений (правоотношений), воплощающих основы конституционного строя Республики Казахстан, приоритетное положение человека и гражданина, получивших адекватное закрепление и регулирование, гарантию и защиту этих отношений через высшую юридическую силу и прямое действие системы его норм, а также через обеспечение отраслевого законодательства³.

С решением вопроса о публично-правовой или частноправовой природе конституционного права связано решение другого вопроса: где проходит грань между конституционным и другими отраслями права? Или эту грань невозможно определить?

Возвращаясь к образу ствола и ветвей, как определить, где и в какой точке ствол переходит в ветви? А если у дерева два ствола? А так оно и есть: один ствол — конституционное государственное право, другой ствол — конституционные основы отраслей национального права.

¹ См., например: Конституционное право Республики Казахстан: Учебник / Сост. А.Т. Ащеулов. Алматы: КазГЮА, 2001. С. 13; *Баишев Ж.* Указ. соч. С. 5.

² См.: *Черняков А.А.* Конституционное право Республики Казахстан: проблемы теории и практики. Теоретические и дидактические материалы. Алматы: Эдшет-Пресс, 1997. С. 91.

³ Там же. С. 135–136.

Попытки отграничить нормы конституционного права от норм других отраслей права предпринимались в литературе. В частности, С.С. Кравчук пишет: «Таким образом, советское государственное право содержит нормы, определяющие основы всех других отраслей советского права. Но это не означает, что оно объединяет все отрасли права и что его нормы регулируют все общественные отношения. Государственно-правовые нормы — нормы только государственно-го права, а регулируемые ими общественные отношения — только государственно-правовые отношения. Вместе с тем они являются основой, на которой возникают общественные отношения, регулируемые другими отраслями права. Например, государственно-правовая норма закрепляет право граждан СССР на труд. Она регулирует только государственно-правовые отношения между советскими гражданами и государством, в которых на стороне граждан — право на труд, на стороне государства — обязанность обеспечить реальность этого права. Одновременно такие отношения служат основой, на которой возникают трудовые отношения, регулируемые трудовым правом. Если гражданин СССР реализует закрепленное государственно-правовой нормой право на труд, т.е. поступает на работу на предприятие или в учреждение, то этот юридический факт является основой для возникновения новых, уже трудовых отношений — отношений между гражданином и администрацией предприятия или учреждения»¹.

Пример, конечно, интересный, но вряд ли убедительный. Право на труд (или как сейчас в п. 1 ст. 24 Конституции РК — право на свободу труда) регулируется нормами конституционного права. Но одновременно это нормы и трудового права в том широком его понимании, которое господствует в науке трудового права. Если говорить о частном трудовом праве, то нормой трудового права является, например, норма п. 4 ст. 24 Конституции РК: «Работающим по трудовому договору гарантируется установленная законом продолжительность рабочего времени, выходные и праздничные дни, оплачиваемый ежегодный отпуск». Несомненно, одновременно это норма и конституционного права.

Если пример с трудовым правом не убеждает, то как отнестись к такой норме: в Республике Казахстан признаются и равным образом защищаются государственная и частная собственность (п. 1 ст. 6 Конституции РК)? Или к такой: граждане Республики Казахстан могут иметь в частной собственности любое законно приобретенное имущество (п. 1 ст. 26 Конституции РК). Несомненно, это нормы граждан-

¹ См.: Советское государственное право: Учебник. 2-е изд. М.: Юрид. лит., 1985. С. 30 (автор главы — Кравчук С.С.).

ского права. Они закрепляются и получают дальнейшее развитие в ГК (ст. 191, 192 и др.). Несомненно также, что это одновременно нормы и конституционного права.

Нормы гражданского права закреплены во многих статьях Конституции Республики Казахстан, например: ст. 6 о государственной собственности, ст. 12 о правах и свободах человека и гражданина (в частности, п. 4 ст. 12 о правах и обязанностях иностранцев и лиц без гражданства), ст. 13 о правосубъектности, ст. 18 о личных имущественных правах, ст. 20 об информации, ст. 21 о праве свободного передвижения, ст. 22 о свободе совести (право на объединение в религиозные организации), ст. 23 об общественных объединениях, ст. 25 о праве на жилище, ст. 26 о праве граждан на частную собственность и на предпринимательство, ст. 29 — услуги на охрану здоровья, ст. 30 — услуги на получение образования, подп. 4 ст. 66 — о праве Правительства РК на организацию управления государственной собственностью.

То же самое можно сказать и о других отраслях права. Все отрасли, как основные, так и комплексные, получили или должны получить закрепление в Конституции. Ибо Конституция является основой, базой и источником всех отраслей права.

Это значит, что Конституция РК является источником и конституционного, и всех других отраслей права. Это значит, что одна и та же норма находится в составе и конституционного права и в составе, например, гражданского права.

Как раз этот вопрос является камнем преткновения для всех конституционалистов: как можно допустить, чтобы одна и та же правовая норма находилась одновременно в составе сразу двух отраслей права.

Между тем эта проблема легко решается с позиции теории комплексных отраслей права.

Догадка А.А. Чернякова о том, что конституционное право является частно-публичным правом, в общем-то является верной. Только он называет конституционное право интегрирующей отраслью права. Это неверно. Частно-публичным правом может быть только комплексная отрасль права.

Я знаю, что такое предположение сильно покоробит представителей конституционного права: как так, фундаментальная и базовая, и вдруг какая-то комплексная. Но я не думаю, что такое предположение умаляет роль конституционного права.

В свое время В.А. Тархов высказал весьма интересную мысль, которая, к сожалению, оказалась, в дальнейшем неразвитой. Он писал: «Конституционные отношения носят межотраслевой (надотраслевой) характер. Невозможно отрицать, что в Конституции СССР содержится ряд норм административного, земельного, финансового, гражданского

права и т.д. Отнести все их к государственному праву было бы неправильно, это означало бы признание его надотраслью, для чего нет оснований. Государственное право, как любая другая отрасль, имеет свой предмет правового регулирования»¹.

В этой фразе заложены очень важные положения: 1) конституционное право — это надотрасль; 2) в Конституции содержатся нормы других отраслей права.

Конституционное право — это суперотрасль, надотрасль, стоящая над всеми отраслями права. Оно стоит во главе пирамиды отраслей права. И все отрасли права берут из него начало. Нормы этих отраслей, проросшие в конституционное право, являются ведущими, основой и началом этих отраслей права. Но поскольку отрасли права являются и публичными, и частными, то и нормы конституционного права в этой части являются и публичными, и частными. А отрасль права, объединяющая в себе публичные и частные нормы, по моей концепции, является комплексной отраслью права.

Конституционное право, на мой взгляд, — это комплексная суперотрасль права.

«Конституционное государственное право» — это публичное право. А вот «конституционные основы отраслей национального права» состоят из норм как публичного, так и частного права.

¹ См.: *Тархов В.А.* Конституционные отношения // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1981. № 2. С. 22; См. также: *Он же.* Избранные труды. М.: Изд. группа «Юрист», 2008. С. 231.

ГЛАВА 6. ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫЕ ОТРАСЛИ ПРАВА

Изложение публично-правовых отраслей я начинаю с административного права, хотя, конечно, на первое место надо было поставить государственное право. Но о конституционном праве я написал в § 5.3, и поэтому здесь могу только констатировать, что такая часть или подотрасль конституционного права, как «конституционное государственное право», несомненно, относится к публичному праву.

Здесь я также опускаю исследование уголовного цикла: уголовное право, уголовно-процессуальное право, уголовно-исполнительное право. На мой взгляд, вызывает сомнения их публично-правовая природа, поэтому подробное обоснование этих бесспорных вещей я пока счел возможным не проводить.

6.1. АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

Приведем для начала определения, которые даются в учебниках и некоторых работах по теории права.

Административное право регулирует сферу управленческой, исполнительно-распорядительной деятельности государственных органов, должностных лиц, общественных организаций¹.

Административное право — совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения, возникающие в процессе исполнительно-распорядительной деятельности государства. Административное право регулирует как взаимоотношения государственных органов между собой, так и отношения с гражданами².

Административное право — это система норм, складывающихся в процессе осуществления публичной, исполнительной и распорядительной деятельности полномочных органов³.

Административное право регулирует отношения, складывающиеся в процессе государственного управления⁴.

¹ См.: Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х т. / Под ред. проф. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М.: Изд. Зерцало, 1998. С. 245.

² См.: Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: Учебник для вузов. 2-е изд. М.: Спарк, 2000. С. 255.

³ См.: Дробязко С.Г., Козлов В.С. Общая теория права: Учеб. пособие для вузов. Минск: Амаффея, 2008. С. 257.

⁴ См.: Сырых В.М. Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: Юстицинформ, 2007. С. 244.

Административное право — это отрасль права (система правовых норм), которая в целях выполнения задач и осуществления функций государства регулирует общественные отношения управленческого характера, складывающиеся в сфере организации и функционирования исполнительной власти, государственного управления и местного самоуправления, в процессе внутриорганизационной и административно-юрисдикционной деятельности иных государственных органов, а также при обеспечении юридической защиты прав, свобод, законных интересов физических и юридических лиц¹.

Административное право можно определить как совокупность административно-правовых норм, регулирующих общественные отношения в сфере управленческой деятельности органов государственной администрации (в которые включаются исполнительные органы власти, а также иные государственные административные органы, не являющиеся формально исполнительными)².

Административное право регулирует вопросы организации и деятельности разветвленного аппарата управления, т.е. всех звеньев системы органов исполнительной власти, а также «управленческий разрез» всех сфер экономического и социального развития³.

В учебнике по административному праву и процессу Ю.А. Тихомиров предлагает несколько другое определение:

«Административное право как отрасль российского права есть система правовых теорий и норм, издаваемых органами исполнительной власти и другими органами для организации и функционирования государственного управления, регулирования функционально-юридических режимов, обеспечения юрисдикционно-охранительной деятельности и участия граждан в управлении государственными делами»⁴.

Административное право — это система юридических норм, регулирующих формирование и функционирование исполнительных органов государственной власти, их отношения между собой, с другими государственными органами, общественными объединениями и гражданами в процессе государственного управления, т.е. осуществления конкретных задач и функций государства на основе и во исполнение законов⁵.

¹ См.: *Общее административное право: Учебник* / Под ред. Ю.Н. Старикова. Воронеж: Изд. Воронеж. гос. ун-та, 2007. С. 41.

² *Административное право: Учебн. курс* / Под ред. Р.А. Подопригоры. Алматы: Налоговый эксперт, 2010. С. 24 (автор главы — Р.А. Подопригора).

³ См.: *Тихомиров Ю.А.* Публичное право: Учебник. М.: БЕК, 1995. С. 332.

⁴ См.: *Тихомиров Ю.А.* Административное право и процесс: полный курс. М., 2001. С. 60.

⁵ См.: *Байтин М.И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). 2-е изд. М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 317.

Административное право Республики Казахстан — это система общеобязательных административно-правовых норм, закрепленных в нормативно-правовых актах, иных признаваемых государством источниках, являющихся государственно-властным критерием правомерно дозволенного и неправомерного поведения субъектов административного права¹.

Как пишет Ю.Н. Стариков, предмет административного права можно представить следующим перечнем отношений:

а) управленческие отношения, возникающие в рамках организации публичного управления (организационное административное право);

б) управленческие отношения, в рамках которых реализуются функции и полномочия органов исполнительной власти; отношения, возникающие между различными звеньями системы исполнительной власти и органов публичного управления;

в) управленческие отношения, связанные с деятельностью исполнительных органов местного самоуправления и возникающие при осуществлении управленческого процесса (процесса управления), т.е. при издании правовых актов управления, заключении административных договоров, использовании других форм управленческих действий;

г) управленческие отношения внутриорганизационного характера, возникающие в процессе функционирования субъектов представительной, судебной властей и прокуратуры;

д) отношения, связанные с рассмотрением дел о защите прав и свобод граждан от действий и решений публичного управления (и их должностных лиц), нарушающих права и свободы граждан; судьи единолично рассматривают также дела об административных правонарушениях и жалобы на постановления иных административных (юрисдикционных) органов о применении к физическим или юридическим лицам административных наказаний;

е) управленческие отношения, возникающие при реализации общественными организациями и иными негосударственными организациями делегированных им государством специальных государственно-властных полномочий по вопросам управленческой деятельности.

Общим признаком, объединяющим названные группы отношений в единое целое, является то, что в совокупности они составляют общественные отношения в сфере управления (исполнительной власти)².

Предмет административного права включает в себя следующие виды отношений:

¹ См.: *Таранов А.А.* Административное право Республики Казахстан. Академ. курс. Алматы: Баспа, 2000. С. 12.

² См.: *Общее административное право.* С. 44.

1) организационные управленческие отношения в области осуществления исполнительной власти. Регулируются организационно-управленческим правом;

2) внутриорганизационные управленческие отношения во всех сферах государственной деятельности;

3) административно-правовые контрольные отношения;

4) административно-юстиционные отношения (отношения по защите субъективных публичных прав граждан, законных интересов физических и юридических лиц);

5) административно-деликтные (охранительные) отношения. Регулируются административно-деликтным правом¹.

Н.Ю. Хаманева определяет предмет административного права как совокупность общественных отношений, возникающих, развивающихся и прекращающихся в сфере функционирования субъектов исполнительной власти и осуществления административного судопроизводства, а также в связи с осуществлением иными государственными органами внутриорганизационной деятельности управленческого характера².

По мнению Ю.Н. Старикова, предмет административного права — это система общественных отношений, возникающих при осуществлении властной деятельности публичной администрацией по исполнению законов, актов правосудия, публичных договоров (если они не стали предметом регулирования других отраслей права), а также при осуществлении административного судопроизводства.

Главная составляющая предмета административного права, его ядро — система отношений публичной администрации с гражданами и их организациями. Основная задача административного права — правовое обеспечение конституционных прав и обязанностей граждан. Поэтому его предмет можно определить и как совокупность общественных отношений, возникающих при обеспечении публичной администрацией конституционных прав и обязанностей граждан, иных отношений, связанных с ее деятельностью, а также при осуществлении административного судопроизводства³.

Если проанализировать все эти определения, можно прийти к выводу, что административное право регулирует отношения в сфере государственного управления или, по-другому, в сфере управленческой деятельности органов государственной администрации.

¹ См.: *Общее административное право: Учебник* / Под ред. Ю.Н. Старикова. Воронеж: Изд. Воронеж. гос. ун-та, 2007. С. 45–54.

² См.: *Административное право России: Курс лекций* / Под ред. Н.Ю. Хаманевой. М.: ТК «Велби», Проспект, 2008. С. 10.

³ См.: *Бахрах Д.И., Россинский Б.В., Стариков Ю.Н. Административное право: Учебник для вузов. 2-е изд.* М.: Норма, 2005. С. 67.

Административное право является публично-правовой отраслью права. Это публичное право в чистом виде, причем самое объемное и разветвленное среди отраслей публичного права. В этом его сходство с гражданским правом, которое занимает такое же место в системе частного права. Именно поэтому административное право и гражданское право являются базовыми и системообразующими отраслями соответственно публичного права и частного права.

Одной из серьезных проблем административного права является, на мой взгляд, вопрос о соотношении административного и государственного права. Сами административисты эту проблему обычно обходят.

Например, в фундаментальном труде «Общее административное право» данному вопросу уделен один абзац. Приведем его целиком:

«Административное право конкретизирует своими нормами конституционное право и устанавливает возможность полной реализации конституционно-правовых норм (например, организация единой системы органов исполнительной власти, государственные службы, развития административного законодательства и административно-процессуального законодательства, административное судопроизводство, защита прав и свобод человека и гражданина). Конституционное право определяет структуру административно-правового регулирования и устанавливает «стандарты» правового государства в установлении режима функционирования исполнительной власти»¹.

Примерно также объясняет соотношение конституционного и административного права Ю.М. Козлов. Он пишет: «Наиболее тесно административное право взаимодействует с конституционным (государственным) правом. Будучи ведущей отраслью российского права, конституционное право закрепляет основные принципы организации и функционирования исполнительной власти, место ее субъектов в государственном механизме, правовые основы их формирования, их взаимоотношений с субъектами других ветвей единой государственной власти (ст. 10, 11, 71–72, 77, 83–88, 102–103, 110–117, 125 Конституции РФ); права и свободы человека и гражданина, значительная часть которых практически реализуется в сфере государственного управления (ст. 85, 103, 111, 117) и т.п. Многие стороны организации и деятельности механизма исполнительной власти определяются федеральными и иными законодательными нормами. Административное право исходные начала берет в нормах конституционного права, детализирует и конкретизирует их, определяя правовой механизм реализации прав и свобод граждан, компетенции различных звеньев

¹ См.: Общее административное право: Учебник / Под ред. Ю.Н. Старикова. Воронеж: Изд. Воронеж. гос. ун-та, 2007. С. 56.

системы исполнительной власти; административно-правовой статус конкретных участников управленческих общественных отношений и административноправовые средства его защиты; формы и методы государственно-управленческой деятельности, основы ее отраслевой и межотраслевой, региональной и местной организации и т.п.»¹

По мнению Ю.А. Тихомирова, наиболее тесные связи административного права складываются с отраслями публичного права и прежде всего с конституционным правом. Эти отрасли столь близки, что могут считаться своего рода правовыми близнецами².

И далее Ю.А. Тихомиров пишет: «Наблюдается немалое сходство подотраслей и институтов конституционного и административного права. Нередко оно достигает такой степени, что приходится очень тонко разделять «слои» их правового регулирования. Есть совпадающие институты, например, статус органов исполнительной власти и прежде всего Правительства. В конституционном праве закреплены его основные элементы — природа органа, порядок образования, основные полномочия. В административном праве сумма актов подробно регулирует правовое положение Правительства и его полномочия как в Федеральном конституционном законе «О Правительстве Российской Федерации», так и в тематических и иных законах. Трансформация конституционно урегулированных полномочий в соответствующие нормы текущего законодательства оказывается непростым делом.

Весьма сходны также нормы конституционного и административного права. В них одной стороной всегда выступает государственный орган либо его участие опосредовано»³.

Таким образом, все административисты говорят о близости двух отраслей, о близнецах-братьях, о неуловимости грани, о том, что административное право берет начало в конституционном праве и т.д. и т.п.

Но где проходит грань между конституционным и административным правом, они не отвечают. И в соответствии с господствующей концепцией построения системы права и не могут ответить.

При таком подходе неверным будет и определение предмета административного права — отношения в сфере государственного управления.

Если статус органов исполнительной власти, и прежде всего Правительства, относится к конституционному праву, то как же быть с предметом административного права? Ю.А. Тихомиров называет нормы о статусе совпадающими институтами. Но тогда получает-

¹ См.: Административное право: Учебник / Под ред. Л.Л. Попова. М.: Юристъ, 2002. С. 57—58.

² См.: Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс: полный курс. М., 2001.

³ См.: там же.

ся, что эти нормы находятся одновременно и в конституционном, и в административном праве, что невозможно по господствующей теории.

Эта проблема легко решается, если мы признаем конституционное право комплексной суперотраслью (надотраслью) права, состоящей из двух частей (подотраслей): конституционное государственное право и конституционные основы национального права¹.

Нормы административного права (наиболее важные, базовые, определяющие) как бы «прорываются» или закрепляются в конституционном праве, оставаясь при этом нормами административного права. Причем располагаются эти нормы в той части (подотрасли) конституционного права, которая называется «конституционные основы отраслей национального права». В конституционном государственном праве административно-правовых норм нет. Тогда получается, что конституционное государственное право регулирует все вопросы организации государственной власти, за исключением вопросов государственного управления.

Еще одна проблема, которую я хотел бы рассмотреть, — это влияние административного права на формирование комплексных отраслей права. В силу того, что административное право является самым разветвленным и охватывающим практически все сферы экономической, политической, социальной деятельности, отношения в отдельной сфере, им регулируемые, зачастую настолько тесно связаны со смежными отношениями, что требуется единое комплексное регулирование этих отношений. Другой отраслью права, регулирующей эти отношения (по горизонтали), обычно выступает гражданское право.

Поэтому большинство комплексных отраслей совпадает по сфере регулирования с институтами особенной части административного права.

Чтобы не быть голословным, приведу классификацию институтов административного права, воспользовавшись для этого одним из последних по времени учебников административного права.

Р.А. Подопригора пишет: «... особенная часть казахстанского административного права включает такие институты, как:

- управление в сфере экономики (индустрия, торговля, энергетика, сельское хозяйство, транспорт и коммуникации, строительство);
- управление в административно-политической сфере (оборона, национальная безопасность, органы внутренних дел, юстиция, чрезвычайные ситуации);

¹ См.: § 5.3 настоящей работы.

– управление в социально-культурной сфере (образование, здравоохранение, культура, информация, спорт, туризм)»¹.

Сравните это с классификацией комплексных отраслей права, которую я привожу в § 8.1 настоящей работы, и, как говорится, почувствуйте сходство.

6.2. ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Определение предмета финансового права является одним из спорных и до конца не решенных в теории финансового права. Я не буду подробно погружаться в данную проблему, которая исследуется во многих научных трудах, монографиях и диссертациях. Осветить ее в полном объеме в небольшом разделе, конечно, нереально.

Главным ориентиром и путеводителем по миру финансово-правовой литературы для меня будут труды известного казахстанского и российского ученого А.И. Худякова. Но сначала, для того чтобы показать обширность материала, я воспользуюсь тем анализом, который провел один из исследователей вопроса о предмете финансового права, сгруппировавший самостоятельные направления внутри научных исследований, посвященных предмету финансового права, следующим образом:

1) провозглашение публичных финансов в качестве определяющего компонента предмета современного финансового права (Н.П. Кучерявенко, А.А. Нечай, П.С. Пацуркинский, Е.А. Триска);

2) выявление и конкретизация внутри «традиционного» предмета финансового права общественных отношений, которые ранее не были объектом пристального научного внимания (финансовая деятельность таможенных органов, финансовый контроль, публичный долг и др.) (О.Ю. Бакаева, Е.Ю. Грачева, Д.Л. Зима, Е.В. Покачалова, Г.Ф. Ручкина, Л.А. Савченко);

3) расширение границ финансовой деятельности государства в сторону децентрализованных фондов денежных средств, в основном негосударственных (О.А. Дмитрик, Э.Д. Соколова, Н.И. Химичева);

4) выявление имущественной и обязательно-правовой составляющей в предмете финансового права (С.В. Запольский, М.В. Карасева, Ю.А. Крохина, Е.В. Покачалова);

5) включение (невключение) в предмет финансового права общественных отношений в сфере финансовой деятельности муниципаль-

¹ См.: Административное право: Учебн. курс / Под ред. Р.А. Подопригоры. Алматы: Налоговый эксперт, 2010. С. 47.

ных образований наряду с финансовой деятельностью государства (М.В. Карасева, Н.Л. Пешин);

6) разграничение общественных отношений, связанных с товарно-денежным и денежным оборотом, на отношения, подлежащие урегулированию нормами финансового и гражданского права (И.В. Рукавишникова, Т.А. Серебрякова, Э.Д. Соколова);

7) разграничение общественных отношений, связанных со сферой государственного управления и регулирования, на отношения, подлежащие регулированию нормами финансового и административного права (Н.П. Кучерявенко, А.И. Худяков);

8) выделение отношений, обеспечивающих нормальное функционирование финансовой системы (учетных систем, финансовых процедур, финансового мониторинга и др.) (Е.М. Ашмарина, О.Н. Горбунова, С.В. Запольский);

9) включение (невключение) в предмет финансового права денежных и кредитно-денежных отношений (М.Ф. Ивлиева, А.Т. Ковальчук, Э.Д. Соколова);

10) отнесение к сфере финансово-правового регулирования экономических институтов, порожденных рыночными отношениями (А.Т. Ковальчук, И.В. Рукавишникова, Г.В. Петрова);

11) исследование института финансово-правовой ответственности (М.В. Карасева, Ю.А. Крохина, Н.А. Саттарова);

12) отнесение (неотнесение) к предмету финансового права отношений по использованию фондов денежных средств (М.Ф. Ивлиева, А.И. Худяков и др.).

При этом следует отметить, что соответствующие научные исследования проводятся не изолированно друг от друга, они пересекаются, многие рассматриваются в допустимом единстве, а также дискуссионности¹.

Еще в начале 1960-х г. Р.О. Халфина высказала мнение, что финансовое право является самостоятельной отраслью права. Однако по поводу происхождения финансового права было высказано две точки зрения. Сама Р.О. Халфина, а также некоторые другие авторы считали, что финансовое право выделилось из государственного и административного права и сохранило в себе черты этих отраслей².

¹ См.: Рыбакова С.В. Дискуссионные вопросы предмета современного финансового права: взгляды ученых Украины и России // Финансовое право. 2009. № 4.

² См.: Халфина Р.О. Вопросы современного административного и финансового права. М., 1952. С. 194–195; Иванов Б.Н. О системе советского финансового права // Труды ВЮЗИ. Т. IX. 1967. С. 40–41; Пискотин М.И. Советское бюджетное право. М., 1971. С. 49; Цыпкин В.Д. Доходы государственного бюджета СССР. М., 1973. С. 14–15.

Некоторые авторы добавляют к этому еще и гражданское право¹. С.Н. Братусем была высказана точка зрения, что финансовое право является отделившимся от административного права², но, как справедливо отмечает А.И. Худяков, это суждение не может считаться правильным, так как административное право регулирует деятельность исполнительной ветви государственной власти, финансовая же деятельность осуществляется и представительными органами. Поэтому административное право полностью никогда не могло охватывать финансовое право³.

Другие авторы признают финансовое право просто самостоятельной отраслью права⁴, а В.В. Бесчеревных обосновал вывод о том, что финансовое право не выделялось из других отраслей права, а возникло как самостоятельная отрасль права наряду и одновременно с государственным и административным правом⁵.

Соглашаясь с этой точкой зрения, А.И. Худяков добавляет, что главное заключается в следующем. Финансы — атрибут государства. С возникновением государства возникают и его финансы. Существование финансово-экономических отношений объективно возможно лишь в форме финансово-правовых отношений. Иначе говоря, наличие финансов предопределяет наличие финансового права: государство не может существовать без финансов, а финансы — без финансового права. Следовательно, государство, его финансы и финансовое право являясь атрибутами по отношению друг к другу, возникают практически одновременно⁶.

А.И. Худяков говорит еще о третьей точке зрения, отрицающей самостоятельность финансового права: является частью административного права⁷ (в настоящее время никем не разделяется); является комплексной отраслью, состоящей из норм государственного, адми-

¹ См.: Советское административное право / Редкол.: Козлов Ю.М., Лазарев Б.М., Лунев А.Е., Пискотин М.И. М., 1978. С. 39.

² См.: *Братусь С.Н.* Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 122.

³ См.: *Худяков А.И.* Финансовое право Республики Казахстан. Общая часть. Алматы: Баспа, 2001. С. 80.

⁴ См., например: *Ровинский Е.А.* Основные вопросы теории советского финансового права. М., 1960. С. 64; *Гурвич М.А.* Советское финансовое право. М., 1954. С. 36; *Вильнянский С.И.* К вопросу о системе советского права // Советское государство и право. 1957. № 1. С. 107; Основы теории государства и права: Учеб. пособие / Александров Н.Г., Калинычев Ф.И., Карев Д.С., Недавний А.Л. и др.; Общ. ред.: Александров Н.Г. М., 1963. С. 494; *Химичева Н.И.* Субъекты бюджетного права. Саратов, 1978. С. 3.

⁵ См.: *Бесчеревных В.В.* Компетенция Союза ССР в области бюджета. М., 1976. С. 24–32.

⁶ См.: *Худяков А.И.* Финансовое право. Общая часть. С. 81.

⁷ См.: Общая теория советского государства и права. М., 1966. С. 328.

нистративного и гражданского права¹ (признавая возможность существования комплексных отраслей права, А.И. Худяков категорически отрицает такую возможность для финансового права)².

Вторая точка зрения, скорее всего, более правильная. Но, честно говоря, это большого значения не имеет, ибо и первая позиция, и вторая одинаково предполагают, что финансовое право относится к публичному праву и имеет много общих черт с государственным и административным правом.

Почти во всех учебниках финансового права предметом финансового права с теми или иными оговорками признается финансовая деятельность государства. Например:

— предмет финансового права составляет совокупность правовых норм (безграмотно. Предметом отрасли права являются не нормы, а общественные отношения — М.С.), регулирующих общественные отношения, возникающие в процессе финансовой деятельности государства для обеспечения бесперебойного осуществления его задач и функций в каждый данный период развития³;

— предметом финансового права являются общественные отношения, возникающие в процессе осуществления государством финансовой деятельности, т.е. деятельности по образованию, распределению и использованию денежных средств⁴;

— предмет финансового права охватывает совокупность юридических норм (финансовое законодательство), регулирующих общественные отношения, которые возникают в процессе образования, распределения и использования денежных фондов (финансовых ресурсов) государства и органов местного самоуправления, необходимых для реализации их задач⁵;

— предметом финансового права являются отношения, возникающие в процессе финансовой деятельности государства и муниципальных образований⁶.

Однако, как отмечает А.И. Худяков, «уже при самом поверхностном рассмотрении выясняется, что государство осуществляет формирование, распределение и использование своих денежных фондов не только на основе экономических финансовых отношений, но и дру-

¹ См.: Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. М., 1947. С. 193.

² См.: Худяков А.И. Финансовое право. Общая часть. С. 77–79.

³ См.: Финансовое право / Под ред. проф. О.Н. Горбуновой. М.: Юрист, 1966. С. 27.

⁴ См.: Грачева Е.Ю., Соколова Э.Д. Финансовое право России. М., 1997. С. 14.

⁵ См.: Никитин А.М., Цыпкин Ю.А., Эриашвили Н.Д. и др. Экономика и право. М. ЮНИТИ, 1999. С. 320.

⁶ См.: Финансовое право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. М.В. Карасева. М.: Юрист, 2004. С. 23.

гих видов экономических отношений. Так, формирование бюджета может осуществляться, например, путем получения доходов от сдачи в наем государственного имущества. Возникающие при этом отношения с экономической точки зрения являются товарно-денежными. Использование государственных денежных фондов, где государство, выступая в качестве покупателя товаров (работ и услуг), оплачиваемых за счет средств соответствующего денежного фонда (например, бюджета), также осуществляется в рамках отношений, являющихся товарно-денежными. Причем в обоих случаях отношения регулируются гражданским правом, т.е. с правовой точки зрения они являются гражданско-правовыми¹.

Из этого противоречия возможно несколько вариантов выхода:

1) выделить из «отношений, возникающих в процессе финансовой деятельности государства» особую группу «финансовые отношения», которые и признать предметом финансового права;

2) признать, что финансовое право является комплексной отраслью права, объединяющей в себе нормы административного, финансового (в узком смысле), гражданского права;

3) признать, что разграничение финансового и гражданского права только по предмету нереально, и производить такое разграничение по методу правового регулирования.

Рассмотрим последовательно эти три варианта, опираясь, в основном, на исследования А.И. Худякова.

Выделение финансового права по предмету не очень получается. В своих трудах А.И. Худяков показал скрытые противоречия, которые существуют практически в каждом учебнике по финансовому праву. Например, во многих из них содержится раздел «Правовое регулирование государственных доходов». Между тем, в этом разделе рассматриваются «Неналоговые доходы государства и муниципальных образований». В их число входят, в частности, «поступающие в распоряжение государства и муниципальных образований доходы от использования, продажи или иного возмездного отчуждения государственной или муниципальной собственности»². Но совершенно очевидно, что данные доходы государство (муниципальное образование) получает посредством отношений, которые с экономической точки зрения являются товарно-денежными, а с правовой — гражданско-правовыми. Такой подход означает, что фактически имеет место отождествление финансового права с институтом, именуемым «правовое регулирова-

¹ См.: Худяков А.И. К вопросу о предмете финансового права // Ученые записки юрид. факультета С.-Петерб. гос. ун-та экономики и финансов. 2007. № 8. С. 100.

² См.: Крохина Ю.А. Финансовое право России: Учебник для вузов. М., 2004. С. 340.

ние финансовой деятельности государства». Это требует пересмотра предмета финансового права, признания его комплексной отраслью права. Если же в учебнике декларируется тезис, что финансовое право есть самостоятельная отрасль права, то освещение в нем гражданско-правовых доходов есть проявление элементарной нелогичности¹.

Далее А.И. Худяков приводит многочисленные примеры, когда авторы многих учебников практически отождествляют предмет финансового права со сферой финансовой деятельности государства, включая в него и гражданско-правовые отношения, хотя эти же авторы утверждают, что финансовое право — это самостоятельная отрасль права, методом которой является метод властных предписаний.

Более того, в учебниках освещаются денежные отношения, вообще не имеющие никакого отношения к обозначенному в них же предмету финансового права и относящиеся к другим отраслям права (страховые отношения, банковское кредитование, расчетные отношения, ценные бумаги, опосредующие частные финансы (например, акции) и т.п.)².

Основной вывод из анализа, проведенного А.И. Худяковым, следующий:

«Традиционное определение предмета финансового права — отношения, возникающие в процессе финансовой деятельности государства, — не дает правильного представления об истинном предмете данной отрасли права. В процессе формирования, распределения и использования своих денежных фондов государство использует не только финансово-экономические отношения, но целый ряд иных экономических отношений (в первую очередь кредитных и товарно-денежных). И регулируются данные отношения не только финансовым, но гражданским правом (а во внешнеэкономической деятельности — международным правом). В силу этого и само наименование данной деятельности государства — «финансовая деятельность» — неточно: деятельность, в процессе осуществления которой возникают не только финансовые, но и иные виды экономических отношений, регулируемых не только финансовым, но и другими отраслями права, не может именоваться «финансовой»³.

Для определения финансового права мы воспользуемся концепцией, которую наиболее убедительно обосновал А.И. Худяков. Вкратце эта концепция состоит в следующем.

Понятие «финансы» нельзя отождествлять с понятием «деньги». Деньги — понятие более широкое. С деньгами имеет дело, например,

¹ См.: Худяков А.И. К вопросу о предмете финансового права. С. 100—101.

² См.: там же. С. 100—109.

³ См.: там же. С. 109.

гражданское право, регулируя товарно-денежные отношения. Финансовыми отношениями не будут отношения, возникающие в таких сферах общественного воспроизводства, как обмен и потребление. К их числу относятся отношения, опосредующие акты Д – Т и Т – Д, т.е. отношениях купли-продажи, которые возникают между предприятиями и организациями, причем независимо от их формы собственности.

Поэтому существует узкое понятие «финансы», которым охватываются денежные средства государства и юридических лиц. Поскольку юридические лица могут быть государственными и негосударственными, а денежные фонды – соответственно частными и государственными, возникло деление финансов на частные и государственные. В специальном значении под финансами (в материальном значении) понимаются лишь государственные деньги, сосредоточенные в процессе распределения совокупного общественного продукта в фондах денежных средств.

Следовательно, в материальном смысле государственные финансы представляют собой совокупность денежных средств, находящихся в собственности государства. Государственные финансы (в экономическом смысле) представляют собой совокупность экономических отношений по формированию и распределению государственных денежных фондов.

В свете существования частных и государственных финансов логично предположить, что существуют частные финансовые отношения, возникающие в процессе осуществления частными субъектами своей финансовой деятельности, и государственные финансовые отношения, которые возникают в процессе осуществления финансовой деятельности государством.

Следовательно, предметом финансового права выступают не все финансовые отношения, а их определенная часть – отношения, возникающие в процессе финансовой деятельности государства, которые можно именовать «государственные финансовые отношения». Для такого рода финансовых отношений характерно, что они всегда выражают движение денег либо в государственный фонд, либо из него. Отношения, опосредующие движение денежных средств в рамках частной собственности, выражая собой категорию «частные финансы» (или «частные финансовые отношения»), при всех обстоятельствах не должны быть объектом ни финансовой деятельности государства, ни финансового права.

Вообще-то регулирование частных финансов в целом осуществляется по линии гражданского права. При этом следует исходить из того, что гражданское право не сводится только к регулированию договорных отношений, где гражданско-правовые нормы определяют исклю-

чительно права и обязанности сторон этого договора. Гражданское право содержит и такие нормы, которые порождают определенные обязанности участников гражданских правоотношений перед государством и, соответственно, права государства в отношении этих участников. Так, к сфере гражданско-правового регулирования относится и установление размеров уставных капиталов юридических лиц (см., например, ст. 64, 74, 78, 88–90 ГК РФ). К числу гражданско-правовых норм относятся и нормы, порядок размещения резервных фондов негосударственных коммерческих организаций, включая страховые организации и банки.

Что касается таких видов правового регулирования, как государственная регистрация негосударственных юридических лиц, лицензирование деятельности частных предпринимателей, осуществление государственного контроля или надзора за их деятельностью, установление правил ведения бухгалтерского учета и представления финансовой отчетности и т.п., то это типичное административно-правовое регулирование, даже если оно в некоторых случаях касается денежных фондов (т.е. частных финансов) негосударственных юридических лиц¹. Что касается признания финансового права комплексной отраслью, то я не разделяю оптимизм А.И. Худякова, считавшего, что данное суждение с течением времени перестало иметь своих сторонников².

Даже те авторы учебников по финансовому праву, которые критикуют А.И. Худякова за необоснованное расширение финансового права за счет включения в предмет его регулирования гражданско-правовых отношений, практически признают комплексный характер финансового права, которое состоит из норм финансового права (в узком смысле) и гражданского права.

Однако появляются и конструкции, которые фактически исходят из необходимости включения в финансовые отношения частных финансов или отношений, регулируемых частным правом (банковское право, страховое право, валютное, инвестиционное право, защита конкуренции на рынке финансовых услуг, правовой режим оборота ценных бумаг), при этом говорят о конструировании «нового финансового права»³.

Некоторые исследователи (в частности, С.В. Запольский), полностью разочаровавшись в классической теории определения фи-

¹ См.: Худяков А.И. Финансовое право Республики Казахстан. Общая часть. Алматы: ТОО «Баспа», 2001. С. 7, 8, 10, 14, 55–57.

² См.: там же. С. 77.

³ См.: Тосунян Г.А., Вакулин А.Ю. К новому финансовому праву // Финансовое право. 2003. № 6. С. 7 и след.

нансового права как публичного права, начинают конструировать единую отрасль финансового права как «биполярную», состоящую из двух частей: публично-правовой и конкретно-регулятивной (частное финансовое право)¹. Причем это не гражданское право. С.В. Запольский пишет, что «частное финансовое право не может повторять или воспроизводить частное гражданское право, но может и должно нести идею частного права в иной среде, применительно к имущественным отношениям иного рода»².

Я не совсем понял, что это за частное право, отличное от гражданского права, и что за имущественные отношения иного рода, но написано очень убедительно, и главное, — все-таки частное право.

С. Запольский убежден, что де-факто произошло объединение, скорее даже воссоединение традиционного финансового права, которое нельзя разорвать: «Делать это не нужно потому, что возникшая амальгама очень гармонично отражает неразрывную связь и в то же время функциональную специализацию двух родов финансово-правовых норм — публично-правовых и частноправовых, воплощающихся в соответствующие юридические конструкции»³.

Если это не комплексная отрасль права, то что? Хотя В.С. Запольский теорию комплексных отраслей, видимо, не поддерживает и пытается построить это новое финансовое право в системе классических отраслей права.

Отчаявшись построить внятную теорию финансового права, некоторые авторы вообще отказываются признавать его самостоятельной отраслью права. Например, Д.В. Винницкий признает финансовое право комплексной отраслью права⁴. Сославшись на него, Ю. Колесников пишет, что отрасли, которые охватываются финансовым правом в концепции Д.В. Винницкого, сами имеют комплексный характер. Эти отрасли развиваются на стыке конституционного и административного права (бюджетное законодательство), административного и гражданского права (банковское и страховое законодательство) и конституционного, административного и гражданского права (налоговое законодательство)⁵.

Следует отметить, что идея о наличии двух форм финансового права: формы чисто государственной (или публичное финансовое право)

¹ См.: Запольский С.В. Дискуссионные вопросы теории финансового права: Монография. М.: РАП, Эксмо, 2008. С. 101–102.

² Там же. С. 102.

³ Там же. С. 103.

⁴ См.: Винницкий Д.В. Российское налоговое право. СПб., 2003. С. 80.

⁵ См.: Колесников Ю.А. Место финансового права в системе российского права. URL: <http://pandia.ru/text/77/116/45.php>

и формы частной (или гражданское финансовое право) — не нова. Она высказывалась еще в дореволюционное время¹.

Однако Ю. Колесников считает, что нельзя признавать в системе права комплексное образование, которое охватывает другие комплексные образования. По его мнению, финансовое право не является самостоятельной отраслью права, о нем можно говорить только как о науке, изучающей юридические основы публичных доходов и расходов. Это собирательное юридическое понятие, которое распадается на три части, каждая из которых регулируется автономными нормативными образованиями. Эти части: государственные доходы, государственные расходы, организация денежного обращения как основы функционирования финансовой системы². Авторы почти всех учебников по финансовому праву признают публичный характер финансового права.

Например, французский ученый Поль Мари Годмэ пишет: «Финансовое право — это отрасль публичного права, предметом которой являются нормы, регулирующие государственные финансы»³. Методом финансового права обычно признается императивный метод или метод государственно-властных предписаний⁴.

Иногда говорят еще о методах рекомендаций, согласований и т.п. Однако приводимые меры (рассмотрение предписаний субъектов местного самоуправления в парламенте, отсрочка платежа на основе соглашения между налоговым органом и налогоплательщиками и т.п.)⁵ показывают, что эти методы ничем не отличаются от императивного метода и поглощаются им.

Разграничение с гражданским правом проводится обычно именно по методу правового регулирования. Например, утверждается, что отграничение от гражданского права проводится по методу правового регулирования. Если для финансового права характерен метод властных предписаний, то для гражданского права — метод юридического равенства сторон⁶.

Различие между финансовым и гражданским правом по признаку равенства или неравенства субъектов отношений проводили дореволюционные юристы. Например, по мнению И.А. Покровского, «гражданское право есть система юридической децентрализации»,

¹ См.: *Лебедь В.А.* Финансовое право. 2-е из., перераб. СПб., 1889. С. 324.

² См.: *Колесников Ю.А.* Указ. соч. С. 17–18.

³ См.: *Годме, Поль Мари.* Финансовое право. М., 1978. С. 37.

⁴ См., например: *Финансовое право: Учебник* / Отв. ред. Н.И. Химичева. М.: БЕК, 1995. С. 17.

⁵ См.: *Финансовое право* / Под ред. Н.И. Химичевой. С. 18–19.

⁶ См.: *Финансовое право Российской Федерации: Учебник* / Отв. ред. М.В. Карасева. М.: Юристъ, 2004. С. 46.

поэтому оно относится к частному праву, в то время как сущностью финансового права, относящегося к публичному праву, является «примем юридической централизации»¹.

Интерес представляет позиция А.И. Худякова. С одной стороны, он разделял позицию императивной формы для финансовых отношений. В своей первой фундаментальной работе, заложившей основы финансового права в Казахстане (да, по-моему, не только в Казахстане), он пишет: «Финансово-экономические отношения — это такие денежные отношения, которые существуют в императивной форме. То есть правоотношение, опосредующее финансово-экономическое отношение, должно носить властный характер. Гражданское право регулируемым общественным отношениям такого характера не придает. Более того, оно его исключает»².

В то же время А.И. Худяков выступает против использования метода правового регулирования в качестве критерия отграничения финансового права от гражданского. Он считает, что исходя из примата содержания над формой характер правоотношения должен определяться предметом правового регулирования, а не его методом³.

А.И. Худяков делает такой вывод исходя из разработанной им конструкции финансового договора. При этом он пытается опровергнуть вывод, им самим же и придуманный: односторонне-властные финансовые отношения — это сфера финансового права, а договорные — сфера гражданского⁴.

Именно на этом основании он отвергает применение метода правового регулирования как критерия разграничения финансового и гражданского права. Между тем методы публичного и частного права делятся не на односторонне-властные и договорные, а на властные и равноправные. Сам А.И. Худяков пишет, что главное отличие финансового договора от гражданско-правового «заключается в том, что гражданско-правовой договор опосредует отношение **равноправных** субъектов, а договор, применяемый в процессе осуществления финансовой деятельности государства, — отношение **неравноправных** субъектов»⁵. То есть по его же концепции различие проводится не по предмету, а по методу: равноправие и неравноправие субъектов.

¹ См.: Покровский И.А. Гражданское право в его основных проблемах. М.: Итоги науки Товарищества «Мир», 1918. С. 11–12; См. также: Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. 2-е изд. М., 1911. С. 133.

² См.: Худяков А.И. Основы теории финансового права. Алматы: Жеты жаргы, 1995. С. 47.

³ См.: Худяков А.И. Основы теории финансового права. С. 50; Он же. Финансовое право. Общая часть. Алматы: Баспа, 2001. С. 57–58, 92.

⁴ См.: Худяков А.И. Финансовое право. Общая часть. С. 92.

⁵ См.: Худяков А.И. Финансовое право Республики Казахстан. Общая часть. С. 95.

Что же касается концепции финансового договора, которую разработал А.И. Худяков, то я с самого начала был против нее, хотя мы с ним написали общую книгу о договорах в народном хозяйстве, в которой он поместил главу о финансовом договоре¹. Я считаю, что договор в принципе не может заключаться между неравноправными субъектами; это квазидоговор, в форму которого облакаются обычные отношения власти и подчинения.

Кроме того, многие договоры из тех, которые А.И. Худяков считает финансовыми, являются гражданско-правовыми, так как в них государство выступает в качестве равноправного субъекта. В частности, договор государственного займа в гражданско-правовой литературе приводится как классический пример участия государства в гражданско-правовых отношениях и гражданско-правового договора². Что же касается доводов А.И. Худякова, приводимых им в доказательство финансово-правовой природы договора государственного займа, то, во-первых, все эти доводы вполне применимы к гражданско-правовому договору присоединения, во-вторых, трудно все-таки найти признаки неравенства сторон и подчиненности одной стороны другой, когда гражданин покупает облигации государственного займа или государство берет кредит у банка (а если иностранного?).

Гражданско-правовую природу имеют и другие так называемые финансовые договоры (договор банковского счета, договор государственного кредитования). Что же касается договоров между соподчиненными государственными органами (договор межбюджетной ссуды, договор ведомственной ссуды, договоры государственного финансирования), то это отношения властно-подчиненные, и вряд ли правильно оформлять их договором. В любом случае это будет квазидоговор, не меняющий властно-подчиненных отношений³.

Таким образом, если признать часть финансовых договоров гражданско-правовыми (в чем я не сомневаюсь), то и у А.И. Худякова отграничение финансового права от гражданского не очень получается. Он четко определил границы предмета финансового права — государственные финансы, тем самым безоговорочно исключив из

¹ См.: Договор в народном хозяйстве (вопросы общей теории). Алма-Аты: Наука, 1987 (Сулейменов М.К., Покровский Б.В., Димитрова С.А., Худяков А.И., Жакенов В.А.).

² См., например: Гражданское право: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред.: М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Т. 1. Алматы, 2000. С. 227; Т. 3. Алматы, 2004. С. 437.

³ О видах финансовых договоров, предложенных А.И. Худяковым, см.: Договор в народном хозяйстве (вопросы общей теории). Алма-Ата: Наука, 1987; Худяков А.И. Основы теории финансового права. С. 73—177.

сферы действия финансового права частные финансы. Но при этом он допустил одну методологическую ошибку: не учел, что государство как субъект права может выступать в двух ипостасях: как субъект властных отношений и как субъект частно-правовых отношений. Во втором случае (как, например, при заключении договора государственного займа) — это уже не финансовые отношения, а гражданско-правовые.

Следовательно, отношения в сфере государственных финансов регулируются финансовым правом, когда государство выступает в качестве властного субъекта, и гражданским правом, когда отношения строятся на началах равенства государства и другой стороны правоотношения.

Поэтому выделение финансового права по предмету оказывается неэффективным и весьма произвольным, зависящим от пристрастий или компетенции каждого исследователя (исходя из тех конструкций, которые они выстраивают). Единственным объективным критерием, который может помочь в разграничении финансового и гражданского права, — это метод правового регулирования. Когда отношения строятся на основе власти и подчинения — это финансовое право, когда на основе равенства сторон — гражданское право.

Следует также отметить, что в сфере, регулируемой финансовым правом, выделяются организационные отношения. Например, А.И. Худяков делит финансовые правоотношения на материальные, опосредующие непосредственное движение денежных средств, и организационные, которые опосредуют порядок осуществления финансовой деятельности государства (формирование денежной системы государства, его финансовой структуры, системы органов управления в области финансов, организации планирования процессов формирования и распределения государственных денежных фондов и т.п.)¹.

Личные отношения в финансовом праве не имеют такого значения, как в гражданском, но вполне можно предположить их наличие при взыскании, например, налогов с гражданина.

Если материальные финансовые отношения можно считать имущественными отношениями, то разграничение имущественных и организационных отношений, которые регулируются и финансовым, и гражданским правом, проводится по методу правового регулирования. Там, где отношения строятся на началах власти-подчинения, они регулируются финансовым правом, там, где они строятся на началах равенства, действует гражданское право.

¹ См.: Худяков А.И. Финансовое право Республики Казахстан. Общая часть. С. 120–125.

Таким образом, предметом финансового права являются финансовые отношения в сфере государственных финансов, основанные на началах власти и подчинения.

Финансовое право (в узком значении) представляет собой систему норм права, регулирующих финансовые отношения в сфере государственных финансов, основанные на началах власти и подчинения.

В то же время существует возможность и другого решения вопроса. С.В. Запольский и другие исследователи, пытающиеся сконструировать «новое финансовое право», несмотря на несуразность и слабую теоретическую проработку их конструкций, все-таки нащупали самое слабое место в теории финансового права. Нельзя не отрицать того, что существует тесное единство между государственными и частными финансами и между публично-правовым и частноправовым механизмами регулирования отношений, связанных с финансами. Недаром почти все исследователи финансовых правоотношений затрудняются определить четкие пределы отношений, составляющих предмет финансового права.

Поэтому идея комплексной отрасли права не так уж и плоха. Вполне возможно конструирование понятия финансового права в широком смысле слова как комплексной отрасли права, объединяющей в себе нормы финансового права (в узком смысле слова), административного и гражданского права. Признание финансового права в качестве комплексной отрасли права снимает многие проблемы, существующие в этой сфере. Сюда можно, в частности, включить и нормы, регулирующие отношения по публичному кредиту, которые А.И. Худяков назвал комплексным правовым институтом.

6.3. ГРАЖДАНСКОЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

Деление отраслей на материальные и процессуальные является общепризнанным в теории права.

Как пишет С.С. Алексеев, материальные отрасли (институты, нормы) посвящены непосредственно правам и обязанностям, другим юридическим вопросам по существу, а процессуальные отрасли (институты, нормы) — процессуальным процедурным вопросам¹.

Материальное право — это обозначение тех правовых норм, которые обеспечивают регулятивные и охранительные функции права:

¹ См.: Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 46.

уголовно-правовые, гражданско-правовые, административно-правовые и иные нормы. Процессуальное право — обозначение тех норм, которые определяют процедуру, процессы применения материального права¹.

Нормы материального права определяют первичные права и обязанности субъектов в сфере имущественных, управленческих, трудовых, семейных и иных отношений. Нормы процессуального права определяют порядок действий заинтересованных субъектов при нарушении норм права, регламентируют процедурные вопросы и организационные вопросы².

Обычно к процессуальным отраслям относят гражданское процессуальное (в России к этому добавляют еще арбитражное процессуальное право) и уголовно-процессуальное право³.

Однако многие авторы включают сюда административно-процессуальное право⁴. Как пишет С.С. Алексеев, от трех профилирующих материальных отраслей (гражданского, административного, уголовного) идут генетические, функциональные и структурные связи к соответствующим трем (опять-таки, не более, но и не менее) процессуальным отраслям — гражданскому процессуальному, административно-процессуальному, уголовно-процессуальному праву⁵.

Некоторые авторы добавляют в число процессуальных отраслей еще и конституционно-процессуальное право⁶, хотя этот вопрос в теории права пока не получил надлежащего обоснования. Например, выделяется пять видов процесса: гражданский, уголовный, административный, арбитражный и конституционный, но к группе процес-

¹ См.: Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. 3-е изд. М.: Юриспруденция, 1999. С. 397.

² См.: Поляков А.В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход: Курс лекций. 2-е изд. доп. СПб.: Юридический Центр Пресс, 2003. С. 708.

³ См., например: Дробязко С.Г., Козлов В.С. Общая теория права: Учеб. пособие для вузов. Минск: Амалфея, 2005. С. 259; Марченко М.Н. Проблемы общей теории государства и права: Учебник в 2 т. Т. 2. Право. 2-е изд. М.: ТК «Велби», Проспект, 2008. С. 582; Протасов В.Н. Лекции по общей теории права и теории государства. М.: Городец, 2010. С. 276–278; Сырых В.М. Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: Юстицинформ, 2007. С. 252; Нерсисян В.С. Общая теория права и государства: Учебник для юрид. вузов и факультетов. М.: Норма, 2000. С. 431.

⁴ См., например: Общая теория государства и права: Академический курс в 2 т. / Под ред. проф. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М.: Зерцало, 1998. С. 244; Салищева Н.Г. Гражданин и административная юрисдикция в СССР. М., 1990. С. 131156; Соколин В.Д. Административный процесс и административно-процессуальное право. СПб., 2002.

⁵ См.: Алексеев С.С. Теория права. М.: БЕК, 1995; Он же. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2001. С. 68.

⁶ См., например: Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: Учебник для вузов. 2-е изд. М.: Спарк, 2000. С. 258–259.

суальных отраслей относят только уголовно-процессуальное право и гражданское процессуальное право¹.

Т.В. Кашанина выделяет уже 11 процессуальных отраслей публичного права (плюс к этим пяти добавлены еще избирательный процесс, бюджетный процесс, налогово-процессуальное право, дисциплинарный процесс, гражданско-исполнительное право, уголовно-исполнительное право)².

При любом решении вопроса в семье процессуальных отраслей необходимо, на мой взгляд, выделить еще частное процессуальное право (право альтернативного разрешения споров)³.

Приведу несколько определений гражданского процессуального права.

Гражданское процессуальное право — совокупность правовых норм, регулирующих порядок рассмотрения и разрешения судом гражданских дел, т.е. правосудие по гражданским делам, а также порядок принудительного исполнения судебных постановлений (решений, определений)⁴.

Гражданское процессуальное право — это система правовых норм, регулирующих гражданско-процессуальное действие и правоотношения, складывающиеся между судом и другими участниками процесса при осуществлении правосудия по гражданским делам⁵.

Гражданское процессуальное право представляет из себя совокупность норм, которые имеют предметом своего регулирования гражданский процесс или, иначе говоря, гражданское судопроизводство⁶.

Гражданское процессуальное право представляет собой систему норм о гражданском судопроизводстве, определяющих порядок рассмотрения и разрешения дел в судах общей юрисдикции или регулирующих гражданский процесс в судах общей юрисдикции⁷.

Гражданское процессуальное право представляет собой систему правовых норм, регламентирующих порядок рассмотрения и разрешения гражданских, семейных, трудовых, жилищных и иных дел,

¹ См.: Теория государства и права: Учебник / Под ред. Р.А. Ромашова, В.П. Сальникова. 2-е изд. В 3 т. Т. 2. СПб.: Фонд «Университет», 2010. С. 93.

² См.: Кашанина Т.В. Частное право: Учебник. М.: Эксмо, 2009. С. 436.

³ Подробнее см. § 7.4 настоящей работы.

⁴ См.: Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.С. Шакарян. М.: Юрид. лит., 1993. С. 12.

⁵ См.: Гражданский процесс: Учебник для вузов / Отв. ред. проф. Ю.К. Осипов М.: БЕК, 1995. С. 9.

⁶ См.: Гражданский процесс: Учебник / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М.: Проспект, 1998. С. 13.

⁷ См.: Коршунов Н.М., Мареев Ю.Л. Гражданский процесс: Учебник для вузов. М.: Норма, 2000. С. 26.

отнесенных к компетенции судов общей юрисдикции, а также исполнения их постановлений¹.

Гражданское процессуальное право представляет собой систематизированную совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения в области отправления правосудия по гражданским делам².

Из этих определений вытекает, что гражданское процессуальное право регулирует правосудие по гражданским делам, что означает рассмотрение и разрешение судом гражданских дел.

Вопрос об отнесении гражданского процессуального права к публичному авторами большинства учебников по гражданскому процессу или обходится, либо они подчеркивают принудительный характер защиты прав в гражданском процессе или императивный характер отношений. Во всяком случае, к частному праву гражданский процесс не относят.

В состав публичного права включают процессуальное право, в том числе гражданское процессуальное право, А.В. Поляков, а также Ю.А. Тихомиров, исследовавший все основные отрасли публичного права³.

На мой взгляд, гражданский процесс, безусловно, относится к публичному праву. Гражданские процессуальные отношения — отношения между судом и участниками процесса. Эти отношения характеризуются как отношения власти и подчинения. Метод гражданского процессуального права в учебниках обычно характеризуется как императивно-диспозитивный⁴. Однако диспозитивность выражается всего лишь в праве участников процесса воспользоваться или не воспользоваться правами, предоставленными им процессуальным законодательством. Это никак не влияет на властно-подчиненный характер отношений между судом и участниками процесса. В принципе, такой же характер носят отношения граждан и юридических лиц с другими государственными органами, возникающие зачастую именно по инициативе граждан или юридических лиц.

В гражданском процессе участники между собой напрямую не общаются, все их отношения происходят через суд и в связи с судом.

¹ См.: Гражданское процессуальное право России: Учебник / Под ред. Л.В. Туманова, П.В. Алексия, И.Д. Амаглобели. 5-е изд. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2011. С. 11.

² См.: Баймолдина З.Х. Гражданское процессуальное право Республики Казахстан: В 2 т. Т. 1. Общая часть (темы 1–15). Алматы: КазГЮА, 2001. С. 42.

³ См.: Поляков А.В. Общая теория права. Проблемы в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. СПб.: Изд. дом. С.-Петербург. гос. ун-та, 2004. С. 740; Тихомиров Ю.А. Публичное право: Учебник. М.: БЕК, 1995. С. 338.

⁴ Можно сослаться на любой учебник по гражданскому процессу. См., например: Баймолдина З.Х. Гражданское процессуальное право Республики Казахстан: В 2 т. Т. 1. Общая часть (темы 1–15). Алматы: КазГЮА, 2001. С. 44.

Есть только два случая, когда между сторонами возникают непосредственные правоотношения, — это договорная подсудность (пророгационное соглашение) и мировая сделка. Однако это уже не гражданские-процессуальные, а материальные отношения. И пророгационное соглашение, и мировое соглашение чаще всего рассматриваются как гражданско-правовые договоры¹.

Только когда суд утвердит мировое соглашение или признает пророгационное соглашение, возникают наряду с материальными гражданско-правовыми процессуальные отношения между сторонами и судом. Наличие таких материальных отношений никак не влияет на публично-правовую природу процессуальных отношений.

Неразрывность гражданского и арбитражного процессов обосновывалась в гражданском процессуальном праве России в основном в советское время. Причем обоснование это проводилось в рамках теории, выдвинутой проф. Н.Б. Зейдером² и его последователями³ о том, что предметом гражданского процессуального права являются все направления юрисдикционной деятельности: деятельность госарбитража, нотариата, третейских и товарищеских судов, комиссий по разрешению трудовых споров, которым законом представлено право разрешать гражданские дела.

Естественно, такая теория была очень удобна для критики. Поэтому массированная критика в литературе была проведена (против «зейдеризации», как шутливо выразился А.А. Добровольский)⁴.

В постсоветское время сторонников признания норм арбитражного процессуального права составной частью, подотраслью гражданского процессуального права практически не осталось. Так, В.М. Жуйков считает, что суды общей юрисдикции и арбитражные суды рассматривают в принципиальном плане одинаковые дела: при рассмотрении дел применяются одинаковые нормы материального права; суды и той,

¹ См., например: *Рожкова М.А.* Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. М.: Статут, 2005.

² См.: *Зейдер Н.Б.* Предмет и система советского гражданского процессуального права // Правоведение. 1962. № 3. С. 81.

³ См.: *Щеглов В.Н.* Гражданское процессуальное правоотношение. М., 1966. С. 140 и сл.; *Жеруолис И.А.* Сущность советского гражданского процесса. Вильнюс, 1969. С. 6; *Арапов Н.Т.* Проблемы теории и практики правосудия по гражданским делам. Л., 1984. С. 66–95.

⁴ См.: *Мельников А.А.* Правовое положение личности в советском гражданском процессе. М., 1969. С. 17–21; *Авдеенко Н.И.* Механизм и пределы регулирующего воздействия гражданского процессуального права. Л., 1969. С. 27–31; Курс советского гражданского процессуального права. Т. 1. М., 1981. С. 57–58; *Гражданский процесс: Учебник* / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М.: Проспект, 1998. С. 13 (автор главы — Д.М. Чечот); *Добровольский А.А.* Исковая форма защиты права (Основные вопросы учения об иске). М.: МГУ, 1965.

и другой юрисдикции выполняют одну и ту же задачу по защите прав заинтересованных лиц, разрешают аналогичные вопросы процессуального характера, связанные с движением дела, за небольшими исключениями используют одинаковые способы защиты гражданских прав, предусмотренные ГК. Различия в субъектном составе лиц, участвующих в деле, а равно разграничение подведомственности дел между судами общей юрисдикции и арбитражными судами не настолько существенные, чтобы можно было говорить о необходимости создания для осуществления арбитражными судами судебной власти особой процессуальной формы¹.

Некоторые процессуалисты России выдвигают самые противоречивые теории. Например, М.С. Шакарян активно раскритиковала теорию единого гражданского процессуального права, но затем делает вывод, что «законодательство об арбитражном суде — органическая часть гражданского процессуального права и должно быть включено в его состав. Поскольку общим является не только предмет защиты (спору, возникающие из гражданских правоотношений, и в сфере управления), но и правовая природа органа защиты, принципы его организации и деятельности, закрепленные как в Конституции, так и в процессуальных кодексах...»².

Не совсем понятную точку зрения обосновывает А.Т. Боннер, который считает, что арбитражное процессуальное право является однородной, дублирующей отраслью права. Оно воплощает в себе «двойной стандарт», «не имеющий» с точки зрения системной организации прав на существование. Гражданское процессуальное право и арбитражное процессуальное право, ГПК и Арбитражный процессуальный кодекс (далее — АПК), представляют собой не что иное, как дублирующие друг друга системы, во многом повторяющие друг друга³.

Однако подавляющее большинство процессуалистов России однозначно рассматривают арбитражное процессуальное право как самостоятельную отрасль права. Это положение содержится во многих учебниках по гражданскому процессу⁴.

¹ См., например: *Жуйков В.М.* Реализация конституционного права на судебную защиту: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1996.

² См.: *Гражданский процесс: Учебник* / Под ред. М.С. Шакарян. М.: Юрид. лит., 1993. С. 14–15; См. также: *Гражданский процесс: Учебник* / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М.: Проспект, 1998. С. 13–14.

³ Цит. по: *Кориунов Н.М., Мороз Ю.Л.* Гражданский процесс: Учебник для вузов. М.: Норма, 2006. С. 564–565.

⁴ См., например: *Гражданский процесс: Учебник для вузов* / Отв. ред. проф. Ю.К. Осипов М.: БЕК, 1995. С. 12; *Гражданский процесс для вузов* / Под ред. проф. М.К. Треушников. 2-е изд. М.: Спарк, Юрид. бюро. «Городец», 1998. С. 12; *Кориунов Н.М., Мороз Ю.Л.* Гражданский процесс: Учебник для вузов. М.: Норма, 2006. С. 563–

Как самостоятельную отрасль процессуального права раньше рассматривал арбитражное право С.С. Алексеев¹.

В Казахстане эта проблема вообще не стоит. Арбитражные суды в Казахстане перешли в ведение Верховного суда РК, законы об арбитражных судах были отменены, судебное разбирательство всех дел, в том числе хозяйственных споров, стало регулироваться ГПК РК от 13 июля 1999 г.

Поэтому в Казахстане ни у кого из ученых, из практиков даже мысли не возникает, что арбитражное (хозяйственное, экономическое) процессуальное право может представлять что-то отличное от гражданского процессуального права.

6.4. ГРАЖДАНСКОЕ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО КАК КОМПЛЕКСНАЯ ОТРАСЛЬ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

И среди основных отраслей продолжается процесс дифференциации и отпочкования новых образований, которым многие авторы пытаются придать статус самостоятельных отраслей права (или основной, или комплексной отрасли).

Идут эти процессы и в процессуальном праве.

Россияне пытаются выделить как отдельную отрасль публичного права арбитражное процессуальное право. Формируется такая отрасль процессуального права как частное процессуальное право.

Все настойчивее в литературе пытаются выделить в качестве самостоятельных отраслей нормы об исполнительном производстве. Не вызывает уже больших возражений формирование уголовного исполнительного права в качестве самостоятельной отрасли публичного права.

В юридической литературе заговорили даже о таком понятии, как «конституционно-исполнительное производство»².

И наконец, все настойчивее говорят о такой самостоятельной отрасли публичного права как гражданское исполнительное право.

Этот вопрос является гораздо более спорным, чем вопрос об уголовном исполнительном праве. Это немудрено, ибо существует целый кодекс (Уголовно-исполнительный кодекс РК от 13 декабря 1997 г.).

565. См. также: Лукьянова Е.А. Дифференциация правового регулирования в процессуальном законодательстве // Российская юстиция. 2003. № 1. С. 25.

¹ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 248–250.

² См.: Саликов М.С. О конституционно-исполнительном производстве. Проблемы исполнения федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации решений Конституционного Суда Российской Федерации и Конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации. М.: Формула права, 2001. С. 120–124.

Но и законодательство в сфере гражданского исполнительного права становится все более самостоятельным и разветвленным.

В Казахстане первый Закон «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» был принят 30 июня 1998 г. и прослужил 12 лет. Новый Закон РК «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» был принят 2 апреля 2004 г.

За эти годы был принят ряд нормативных постановлений Верховного суда РК, которые разъясняют отдельные положения Закона и которые в соответствии с Законом РК от 24 марта 1996 г. «О нормативных правовых актах» являются нормативными правовыми актами.

По мнению Д.Х. Валеева, который давно и профессионально занимается исключительно вопросами исполнительного производства¹, все точки зрения, высказанные в юридической литературе, можно разделить на три группы.

Как считают представители первой точки зрения, исполнительное производство — стадия гражданского процесса. Эта точка зрения традиционная, она разделялась почти всеми процессуалистами до принятия законодательных актов об исполнительном производстве (в России, например, это Закон «Об исполнительном производстве» 1997 г.)². Но и после принятия этих законов подавляющее большинство процессуалистов остались на этой точке зрения.

Я назову только некоторые работы, опубликованные уже после принятия законов об исполнительном производстве³.

Вторая точка зрения заключается в отнесении исполнительного производства к подотрасли административного права или админи-

¹ См.: Валеев Д.Х. Исполнительное производство: Учебник для вузов. 2-е изд. СПб.: Питер, 2010. С. 18–49; См. также: Он же. Лица, участвующие в исполнительном производстве. Казань, 2000; Он же. Процессуальные гарантии прав граждан и организаций в исполнительном производстве. Казань, 2001; Он же. Исполнительное производство / Под ред. Я.Ф. Фархтдинова. СПб., 2002.

² За исключением, пожалуй, М.К. Юкова, который еще в 1975 г. заявил, что исполнительное производство — самостоятельная комплексная отрасль права, и его последователей (Юков М.К. Самостоятельность норм, регулирующих исполнительное производство // Науч. труды Свердл. юрид. института. Свердловск, 1975. Вып. 40. С. 91–94; Шерстюк В.М. Система советского гражданского процессуального права. М., 1989. С. 23–24; Ярков В.В. Проблемы реализации судебных актов. Проблемы совершенствования правосудия по гражданским делам. Ярославль, 1991. С. 80–81).

³ См., например: Лесницкая Л.Ф. Комментарий к Федеральному закону «Об исполнительном производстве». М.: Юстицинформ, 1999. С. 3–4; Морозова И.Б., Треушников А.М. Исполнительное производство. М.: Городец, 1999. С. 50–51; Гражданское процессуальное право России / Под ред. М.С. Шакарян. М.: Юрист, 2002. С. 50–52 (М.С. Шакарян), С. 496–497 (А.К. Сергун); Боннер А.Т. Нужно ли принимать Исполнительный кодекс? Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец, 2004. С. 291–304.

стративного процессуального права. Представители этой точки зрения исходят из того, что служба судебных приставов относится к государственным органам, а судебный пристав выступает как должностное лицо исполнительного органа власти¹.

Эта концепция подверглась в литературе вполне обоснованной критике².

Если исходить из того, что судьи тоже являются государственными служащими, а отношения по исполнительному производству являются процессуальными отношениями, то при таком подходе все гражданские процессуальные отношения можно отнести к административным. Между тем это не так. Судебные органы не входят в систему исполнительных государственных органов, это другая ветвь власти по теории разделения властей, и гражданские процессуальные отношения, в том числе отношения по исполнительному производству, не могут быть отнесены к административным.

В то же время нельзя не отметить, что критика такой позиции не всегда достаточно логична. Например, Д.Х. Валеев пытается разграничить административное право и исполнительное производство по методу правового регулирования. Он пишет, что в исполнительном производстве достаточно сильны диспозитивные начала правового регулирования, что не характерно для административно-правовой сферы. Например, диспозитивность метода в исполнительном производстве предполагает возможность совершения действий (либо их несовершения) по усмотрению лиц, участвующих в исполнительном производстве. Так, взыскатель может отказаться от взыскания (п. 3 ч. 1 ст. 43 Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»), или же должник вправе указать те виды имущества или предметы, на которые следует обратить взыскание в первую очередь (ч. 5 ст. 69 Федерального закона «Об исполнительном производстве»).

¹ См., например: *Сарычев А.Н.* Исполнительное производство как вид административного производства: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1998; *Головин В.В.* Административно-правовое регулирование реализации арестованного имущества (по материалам Службы судебных приставов): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Омск, 2000; *Бузникова Н.Е.* Исполнительное производство по делам об административных правонарушениях: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2001; *Попова Ю.А.* Защита публично-правовых интересов граждан в судах общей юрисдикции. Краснодар, 2001; *Стрелкова И.И.* Подведомственность арбитражному суду дел по экономическим спорам и иных дел: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 13; *Кононова И.П.* Современное состояние и вопросы кодификации административно-процессуального законодательства // Журнал российского права. 2001. № 7. С. 284.

² См., например: *Лукьянова Е.Г.* Теория процессуального права. М.: Норма, 2003. С. 130–131; *Исаенкова О.В.* Проблемы исполнительного права в гражданской юрисдикции. Саратов: Изд. Саратов. гос. акад. права, 2002. С. 30–32.

В свою очередь, «административное право закрепляет юридическое неравенство субъектов» ввиду наличия отношений власти и подчинения. Поэтому метод правового регулирования в административном праве характеризуется императивными началами¹.

Такой подход к определению метода является методологически неверным. Диспозитивность применительно к методу означает равенство сторон, императивность — неравенство. Ни о каком равенстве в исполнительном производстве говорить не приходится, исполнение производится государственным органом принудительными методами. Право выбора есть и в административном праве (отказаться от лицензии и т.п.), и даже в уголовном праве (потерпевший может прекратить уголовное преследование по делам частного обвинения). На существо метода это никак не влияет, он как был императивным, так им и остался. И никаких элементов диспозитивности мы здесь не наблюдаем.

Представители другой точки зрения исходят из того, что исполнительное производство представляет собой самостоятельную отрасль права. Причем выделяется два взгляда на природу этой отрасли.

Исполнительное производство — комплексная отрасль права².

Причем комплексность здесь понимается весьма своеобразно. Так, М.К. Юков считает, что в предмет этой комплексной отрасли права входят качественно неоднородные общественные отношения: организационно-управленческие, контрольные, процессуальные, имущественные, финансовые, административные и надзорные, которые объединяются одним объектом — исполнением постановлений судов и иных органов³.

Если внимательно проанализировать все эти виды общественных отношений, то видно, что, во-первых, многие из них характерны для процессуальных отношений, во-вторых, все они относятся к публичным правоотношениям. Сомнение вызывают имущественные от-

¹ См.: *Валеев Д.Х.* Исполнительное производство: Учебник для вузов. 2-е изд. СПб.: Питер, 2010. С. 36.

² См., например: *Юков М.К.* Самостоятельность норм, регулирующих исполнительное производство // Науч. труды Свердл. юрид. института. Свердловск, 1975. Вып. 40; *Ярков В.В.* Проблемы реализации судебных актов // Проблемы совершенствования правосудия по гражданским делам. Ярославль, 1991. С. 80—81; *Кузнецов В.Ф.* Предмет правового регулирования и субъекты исполнительного производства. Система гражданской юрисдикции в канун XXI века: современное состояние и перспективы развития: Межвуз. сб. науч. трудов / Под ред. В.В. Яркова (отв. ред.), М.А. Викуд, Г.А. Жилина и др. Екатеринбург, 2000. С. 476—478; *Панкратова Н.А.* К вопросу об исполнительном праве. Теоретические и прикладные проблемы реформы гражданской юрисдикции: Межвуз. сб. науч. трудов / Под ред. В.В. Яркова (Отв. ред.), Г.А. Жилина и др. Екатеринбург, 1998. С. 195—206.

³ См.: *Юков М.К.* Указ. соч. С. 94.

ношения, но я не думаю, что М.К. Юков имел в виду гражданские правоотношения, — это, скорее всего, имущественные публичные правоотношения.

Тогда получается интересная картина. М.К. Юков конструирует исполнительное право (как он назвал эту отрасль права) как комплексную публичную отрасль, в то время как комплексные отрасли обычно регулируют и публичные, и частные отношения.

В принципе, это возможно. В системе частного права я сконструировал международное частное право как комплексную отрасль частного права. Классическую комплексную отрасль права, в которой объединены нормы и публичного, и частного права, я назвал «международное частное право и международный гражданский процесс».

Аналогично можно сконструировать и комплексную отрасль публичного права, что и делает, на мой взгляд, М.К. Юков.

Исполнительное производство — самостоятельная процессуальная отрасль права¹.

Возможность признания исполнительного права самостоятельной процессуальной отраслью права зависит от того, как понимать процессуальные отношения и процессуальные нормы: или как определяющая порядок деятельности только суда и связанных с ним органов², или как регулирующие процессуальную деятельность всех органов государства, их должностных лиц, в том числе и судебного пристава - исполнителя как лица, отдельного от суда³.

Решение этого вопроса связано с одной более общей проблемой о природе процессуальных правовых норм и процессуальных правоотношений.

Если мы остаемся на позиции, что процессуальное право — это только гражданское процессуальное и уголовно-процессуальное, мы

¹ См.: *Валеев Д.Х.* Процессуальное положение лиц, участвующих в исполнительном производстве: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 1999. С. 9; *Он же.* Исполнительное производство в системе права Российской Федерации // Правоведение, 2001. № 5. С. 169–178; *Исаенкова О.В.* К вопросу о принципах исполнительного права // Система гражданской юрисдикции в канун XXI века: современное состояние и перспективы развития: Межвуз. сб. науч. трудов / Под ред. В.В. Яркова (отв. ред.), М.А. Викут, Г.А. Жилина и др. Екатеринбург, 2000. С. 488; Исполнительное производство: Учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / (С.С. Маилян и др.) / под ред. С.С. Маиляна, Л.В. Тумановой, А.И. Кузбагарова. 3-е изд. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право. 2011. С. 19–21.

² См.: Советский уголовно-процессуальный закон и нормы его эффективности / Отв. ред. В.М. Савицкий. М., 1979. С. 43; *Скобелкин В.Н.* Обеспечение трудовых прав рабочих и служащих. М., 1982. С. 14.

³ См.: Юридическая процессуальная форма: теория и практика. М.: Юрид. лит., 1976. С. 13; *Шагиева Р.В.* Процессуально-правовые нормы и их реализация в социалистическом обществе. Казань, 1986. С. 16.

исходим из того факта, что процессуальное право связано только с деятельностью судов.

Если мы начинаем конструировать административное процессуальное право, конституционное процессуальное право, уголовное исполнительное право, частное процессуальное право (возможно, и нотариальное процессуальное право), мы выходим за рамки судебного процесса и приходим к признанию того факта, что процессуальной деятельностью могут заниматься не только суды, но и другие государственные (а в случае частного процессуального права — и негосударственные) органы и лица.

Не углубляясь глубоко в вопрос о природе процессуального права, отметим только, что в литературе распространено широкое понимание процессуального права. В частности, отмечается, что правовые нормы можно разделить на две большие группы — материальные и процессуальные, так как в предмете правового регулирования следует различать два вида отношений — организуемые и организационные. Организуемые отношения составляют предмет регулирования норм материального права, а одна из разновидностей организационных отношений — организационно-процессуальные отношения — составляют предмет регулирования процессуального права¹.

Отмечается также, что «процессуальные отношения возникают там, где возникает необходимость в применении санкции, т.е. такой материально-правовой охранительной нормы, которая по тем или иным причинам не может быть реализована усилиями самих заинтересованных лиц»².

Исходя из такого широкого понимания процессуальных отношений можно утверждать, что субъектами этих отношений вполне могут быть не только суды, но и любые государственные органы, а также в ряде случаев должностные лица. Это первое.

Второе, если мы признаем как самостоятельную отрасль уголовное исполнительное право, возникает вопрос: не следует ли по симметрии признать и гражданское исполнительное право? Тогда получается стройная, красивая (почти по С.С. Алексееву) система отраслей права: 1) уголовное, уголовное процессуальное, уголовное исполнительное; 2) гражданское, гражданское процессуальное, гражданское исполнительное.

¹ См.: Горшенев В.М. О природе процессуального права // Правоведение. 1974. № 2. С. 48.

² См.: Елисейкин П.Ф. Правоохранительные нормы (понятие, виды, структура) // Защита субъективных прав и гражданское судопроизводство / Под ред. П.Ф. Елисейкина. Ярославль, 1977. Вып. 2. С. 36.

Несомненно, в случаях, когда исполняется решение суда, исполнительное производство выступает одной из стадий гражданского процесса. В этих случаях (по статистике они являются преобладающими) нормы исполнительного производства входят в состав гражданского процессуального права.

Поэтому вызывает сомнение рассмотрение исполнительного права в качестве самостоятельной процессуальной отрасли наряду и отдельно от гражданского процессуального права. Трудно представить себе самостоятельную процессуальную отрасль права, в которой подавляющее большинство норм составляют нормы гражданского процессуального права.

В то же время помимо норм гражданского процессуального права в составе исполнительного права есть нормы других отраслей права.

В соответствии с законодательством об исполнительном производстве к исполнению принимаются исполнительные документы, которые являются актами несудебных органов. В России это акты комиссии по трудовым спорам, нотариата, при определенных обстоятельствах — органов, осуществляющих контрольные функции, органов или должностных лиц, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях, судебных приставов — исполнителей и иных органов в случаях, которые должны быть предусмотрены федеральным законодательством (ст. 12 Федерального закона «Об исполнительном производстве»).

В Казахстане перечень исполнительных документов закреплён в ст. 9 Закона РК «Об исполнительном производстве», в соответствии с которой исполнительными документами являются:

1) исполнительные листы, выдаваемые на основании судебных актов;

2) судебные приказы, выдаваемые в соответствии с гражданским процессуальным законодательством Республики Казахстан;

3) исполнительные листы, выдаваемые на основании судебных актов о принудительном исполнении на территории Республики Казахстан решений международных, иностранных судов и арбитражей;

4) исполнительные листы, выдаваемые на основании определения суда о принудительном исполнении решений третейских судов;

5) постановления судов, вынесенные по делам об административном правонарушении в случаях, предусмотренных Кодексом Республики Казахстан об административных правонарушениях;

6) постановления органа (должностного лица), уполномоченного рассматривать дела об административных правонарушениях в случаях, предусмотренных Кодексом Республики Казахстан об административных правонарушениях;

7) постановление прокурора о принудительном исполнении его требований;

8) постановление судебного исполнителя о взыскании исполнительской санкции.

Из этого перечня три последних вида документов (подп. 6, 7 и 8) являются несудебными актами.

Следовательно, исполнительное производство используется для принудительного исполнения актов различных органов и может быть возбуждено при отсутствии решения суда.

Нормы, регулирующие отношения, связанные с исполнением актов других (несудебных) органов, уже в гражданское процессуальное право не входят. Они являются частью других отраслей права: административного, нотариального, трудового и т.п.

Поэтому, хотя мне сильно не хотелось признавать еще одну комплексную отрасль права, придется все-таки гражданское исполнительное право отнести к комплексным отраслям права, поскольку оно включает в себя нормы гражданского процессуального права и нормы административного права (возможно, и других отраслей публичного права). Этот вывод справедлив независимо от того, признавать нормы, не относящиеся к гражданскому процессуальному праву, процессуальными нормами или не признавать. В любом случае это будут нормы административного права (или административного процессуального права).

Отличительной чертой этой отрасли права является то, что она целиком расположена в сфере публичного права, потому что объединяет нормы отраслей публичного права (гражданского процессуального и административного) и является комплексной отраслью публичного права.

Не влияет на публично-правовую природу исполнительного производства и введение в Казахстане института частных судебных исполнителей (глава 16 Закона РК «Об исполнительном производстве»).

Понятие «судебный исполнитель» включает в себя государственного судебного исполнителя и частного судебного исполнителя (ст. 1 Закона). Частный судебный исполнитель выступает от имени государства на основе лицензии, на него распространяются все положения Закона «Об исполнительном производстве». Он назначается на должность уполномоченным органом, контролируется им и несет перед ним дисциплинарную ответственность в соответствии с трудовым законодательством. Единственное отличие: уполномоченный орган его не увольняет, а возбуждает дело по лишению его лицензии (ст. 172 Закона). Частный судебный исполнитель осуществляет принудительное исполнение актов судов и иных органов.

Для рассматриваемой отрасли предлагаются различные названия: гражданское исполнительное право¹, исполнительное право², исполнительное процессуальное право³. Я думаю, по аналогии с уголовным исполнительным правом следует назвать эту отрасль гражданским исполнительным правом.

¹ См.: Гражданский процесс: Учебник / Отв. ред. В.В. Ярков. М.: БЕК, 2000. С. 449 (автор главы — В.В. Ярков); Исполнительное производство: Учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / Под ред. С.С. Маиляна, Л.В. Туманова, А.Н. Кузбагарова. 3-е изд. М.: ЮНИТА-ДАНА, Закон и право, 2011. С. 20.

² См.: Панкратова Н.А. Указ. соч. С. 195–206; Кузнецов В.Ф. Указ. соч. С. 476; Вукот М.А., Исаенкова О.В. Исполнительное производство. М.: Юрист, 2001. С. 30 (автор главы — О.В. Исаенкова).

³ См.: Валеев Д.Х. Исполнительное производство: Учебник для вузов. 2-е изд. СПб.: Питер, 2010. С. 43.

ГЛАВА 7. ЧАСТНОПРАВОВЫЕ ОТРАСЛИ ПРАВА

7.1. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Общие положения

О гражданском праве мне осталось добавить немного, так как вся глава 4 настоящей работы посвящена в основном гражданскому праву и соотношению его с административным правом. Все вопросы о соотношении частного права и публичного права, освещенные в главе 1 настоящей работы, тоже основаны главным образом на материалах гражданского права.

Я могу только повторить, что гражданское право — это фундаментальная, основная, базовая отрасль права, и структуру права в основном определяют гражданское право и административное право и соотношение между ними.

Гражданское право является ядром частного права. Все остальные отрасли частного права либо входят так или иначе в гражданское право, либо вышли из гражданского права, либо очень тесно связаны с ним.

Гражданское право — наиболее объемная и разветвленная отрасль права; оно регулирует важнейшие общественные отношения, являющиеся основой развития общества и государства.

Именно гражданское право является основным критерием разграничения правовых семей, в частности, отграничения континентальной системы права от других правовых семей. Недаром право стран континентального права называют правом стран гражданского кодекса.

Весьма распространенным доводом против деления права на публичное и частное является утверждение, что даже само гражданское право не является частным правом в чистом виде.

Во-первых, говорят, что в нем много императивных норм, поэтому трудно говорить о применении в чистом виде принципа диспозитивности. На мой взгляд, здесь смешиваются понятия «императивные и диспозитивные нормы» и «императивность и диспозитивность» как принципы разграничения публичного и частного права. Императивные нормы одинаково применяются и в публичном, и в частном праве. На самом деле в гражданском кодексе очень мало диспозитивных норм. Большинство норм ГК — императивные, прямо предписывающие участникам гражданско-правовых отношений определенное правило поведения, не позволяя им корректировать его. Но это несколько не влияет на частноправовую природу этих норм, которые регулируют отношения, построенные не на принципе императивности (власти-

подчинения), а на принципе диспозитивности (равенства участников отношений).

Во-вторых, говорят, что нормы публичного права проникают в гражданское право, причем «публицизации» подвергается не только гражданское законодательство, но и гражданское право¹.

В качестве примера такой «публицизации» права приводят обычно регистрацию юридических лиц, регистрацию недвижимости, конфискацию и реквизицию имущества, принудительное признание банкротства, принудительное заключение договора, ответственность государства по долгам государственных учреждений и др.²

Мне кажется, степень «публицизации» гражданско-правовых норм сильно преувеличена. Нормы о регистрации юридического лица включены в ГК как одно из условий создания юридического лица. Статья 42 ГК построена таким образом, чтобы определить, какие требования к созданию юридического лица должны быть соблюдены, в каких случаях требуется перерегистрация. Сам порядок регистрации ГК не регулирует, отсылает к специальному закону. Вот этот закон является административно-правовым и в систему гражданского законодательства не входит. Представляется, что норма о регистрации юридического лица не является в данном контексте публично-правовой.

То же можно сказать и о других случаях. Конфискация, реквизиция, национализация в ГК только упоминаются как основания прекращения права собственности. Гражданский кодекс не регулирует административно-правовые отношения. Порядок реквизиции и национализации, например, детально регулируется Законом РК от 1 марта 2011 г. «О государственном имуществе», порядок конфискации — Уголовно-процессуальным кодексом.

Даже если публично-правовые нормы включаются в ГК, то это нормы не права, а законодательства. Гражданский кодекс выступает как законодательный акт, содержащий нормы отраслевого законодательства, и отдельные вкрапления в него норм публичного законодательства не влияют на частноправовую природу норм гражданского права. Эти вкрапления — нормы административного законодательства и административного права, а они не могут быть источником гражданского права.

Гражданское право Республики Казахстан в настоящее время сложилось как хорошо функционирующая, сбалансированная система,

¹ См., например: Предпринимательское право России: Учебник / Отв. ред. В.С. Бельх. М.: Проспект, 2010. С. 26.

² См.: Диденко А.Г. Влияние публично-правовых актов на права и обязанности участников гражданского правоотношения // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 20. Алматы: Юрист, 2004. С. 105.

обеспечивающая эффективное правовое регулирование экономических отношений в стране. Однако так было не всегда, и в первые годы обретения независимости перед Казахстаном встала проблема выбора места в правовых системах современности, ибо советское гражданское право уже не могло обеспечить развитие Казахстана по пути рыночной экономики, а своего права Казахстан попросту не имел.

Как известно, в мире существуют различные правовые системы, но основными из них являются романо-германская правовая семья (так называемое континентальное право или право стран гражданского кодекса) и англо-американская правовая семья (общее право или англосаксонское право)¹.

Континентальное право основано прежде всего на так называемом «писаном праве» и в первую очередь на Гражданском кодексе. Общее право (common law) основано на судебных прецедентах и «праве справедливости».

Несмотря на то, что основные институты гражданского права (право собственности, юридическое лицо, договор) являются общими для различных правовых систем, формы их правового выражения различны. Поэтому нельзя положения одной правовой системы бездумно применять в стране, относящейся к другой правовой системе.

Казахстан, безусловно, принадлежит к романо-германской правовой семье, где в основе гражданского законодательства лежит гражданский кодекс.

Однако процесс построения правовой системы Казахстана как части континентальной системы проходил не так безболезненно, как это сейчас может показаться.

В Концепции правовой политики² закреплено, что «гражданское право Казахстана прошло несколько этапов своего развития». Эти этапы были впервые сформулированы мной³ и нашли отражение в Концепции совершенствования гражданского законодательства, разработанной в 2008 г. НИИ частного права.

Гражданское законодательство Республики Казахстан в своем развитии прошло три этапа: начальный этап становления (1989—1993 гг.), этап резкого ускорения экономической и правовой рефор-

¹ См.: Рене Давид, Жоффре-Спинози Камилла. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1996; Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (Основные правовые системы современности). М.: Юристъ, 2000.

² Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 г., утвержденная Указом Президента РК от 24 августа 2009 г. № 858. Казахстанская правда, 27 августа 2009 г.

³ Сулейменов М.К. Становление и развитие гражданского законодательства Республики Казахстан. Алматы, 2006. С. 15—16.

мы (1994–2000 гг.) и этап экономической и правовой стабилизации (2001–2007 гг.)

В настоящее время можно говорить о наступлении нового, четвертого этапа, этапа экономического кризиса (с 2008 г.).

Казахстан, как и весь остальной мир, вступил в полосу финансово-экономического кризиса. Рыночные механизмы, основанные на теории саморегулирования рынка и монетарных теориях, дали сбой. Выяснилось, что без поддержки государства ряд финансовых институтов, в первую очередь банков, и ряд производственных образований, в первую очередь строительных организаций, выжить в условиях кризиса не в состоянии.

В силу этих обстоятельств резко возрастает проблема разграничения публичных и частных начал в правовом регулировании экономических отношений, и, самое главное, проблема определения пределов вмешательства государства в сферу частного предпринимательства.

Тенденции развития гражданского законодательства заключаются в усилении публичных начал в регулировании экономических отношений, в усилении вмешательства государства в частнопредпринимательскую деятельность, внедрении корпоративного управления экономикой.

Повышается или понижается роль гражданского законодательства в этих условиях? Как ни странно, повышается.

Можно сколько угодно ругать рынок, но выйти за пределы рыночного общества мы не в состоянии, ибо любое нормально функционирующее общество может основываться только на личной материальной заинтересованности предпринимателя и праве его частной собственности.

При всех недостатках рыночной экономики ничего лучшего человечество пока не придумало.

Если отбросить частности, есть только два основных взгляда на экономику: консервативный и либеральный. Первый основан на том, что экономикой должно управлять государство.

В максимальном выражении, так сказать, доведенный до абсурда экономический консерватизм — это планово-распределительная система, которая господствовала в Советском Союзе.

Второй взгляд — либеральный, при котором государство играет роль «ночного сторожа», определяющего правила игры, но старающегося как можно меньше вмешиваться в дела частного капитала. Существуют также различные подходы к степени вмешательства государства; американский более либерален, европейский более консервативен¹.

¹ Деловая неделя. № 41. 2008 г. 24 октября.

Однако ясно одно: при любом понимании функционирования экономики вмешательство государства в частнопредпринимательскую деятельность неизбежно. Вопрос заключается только в пределах такого вмешательства: или государство зарегулирует все и вся, задушив тем самым на корню предпринимательскую деятельность, или государство установит правила игры для предпринимателей, контролируя их выполнение и наказывая за их неисполнение.

Определение пределов такого вмешательства напрямую зависит, конечно, от политики государства в определенный период. Однако как будет реализовываться такая политика — или в законном порядке, или волюнтаристически произвольно — целиком зависит от той правовой базы, которая имеется в данном обществе. Если в государстве существует разветвленная, структурно организованная система гражданского законодательства, произвольное и волюнтаристическое изменение политики государства крайне затруднено. Поэтому именно от силы и действенности гражданского права зависит установление пределов вмешательства государства в предпринимательскую деятельность.

Возможно, именно с этим связаны усилившиеся в последние годы в Казахстане нападки на Гражданский кодекс и попытки разработать Предпринимательский кодекс (далее — ПК), изъяв из ГК половину статей и практически разрушив систему гражданского законодательства. Ведь принятие Предпринимательского кодекса на основе той концепции, которая была одобрена Советом по правовой политике при Президенте РК, означает развал сложившейся в Казахстане системы законодательства. В этих условиях значительно облегчает произвольное и волюнтаристическое вмешательство государственных органов и чиновников в частнопредпринимательскую деятельность.

Следовательно, сильный Гражданский кодекс является необходимым условием эффективности государственной политики в сфере экономики.

Отвечает ли действующий ГК этим требованиям и нуждается ли он в коренном преобразовании? Я считаю, что существенной переделки ГК не требуется, за 15 лет своего существования (10 лет — для Особенной части) он доказал свою эффективность как основной системообразующий акт.

К сожалению, ряд положений Концепции совершенствования гражданского законодательства был выхолощен при отражении их в Концепции правовой политики. Продолжается активное внедрение в регулирование гражданско-правовых отношений публичных методов.

В Концепции закреплено совершенно правильное положение, что «на современном этапе развития гражданского права на первое место

выдвигаются проблемы соотношения публично-правовых и частно-правовых методов регулирования общественных отношений, и как производное от этого пределы государственного вмешательства в частнопредпринимательскую деятельность».

Однако следом закладываются пункты, допускающие двусмысленное толкование:

«Необходимо оптимизировать соотношение между гражданским правом и другими отраслями права с учетом публично-правовых и частноправовых интересов, определив при этом, что отношения, затрагивающие вопросы национальной безопасности, относятся к сфере публично-правовых отношений и не могут регулироваться договорно-правовыми методами.

Следует продолжить работу по расширению применения принципа диспозитивности, означающего возможность для участвующих в деле лиц по своему усмотрению распоряжаться своими материальными (пропущен союз «и» — *М.С.*) процессуальными правами. При этом применение принципа диспозитивности не должно распространяться на гражданско-правовые отношения, затрагивающие публичные интересы».

Здесь возникает ряд вопросов. Что означает фраза: «отношения, затрагивающие вопросы национальной безопасности, относятся к сфере публично-правовых отношений и не могут регулироваться договорно-правовыми методами»? Если это публичные отношения, так они и не могут регулироваться договорно-правовыми методами. Если это гражданско-правовые отношения, то (затрагивают они вопросы национальной безопасности или нет) они должны регулироваться гражданско-правовыми методами.

Опасность этой формулы в том, что можно объявить определенную группу отношений затрагивающими интересами национальной безопасности (например, отношения по недропользованию) и сделать вывод, что договорно-правовыми методами эти отношения не регулируются. Но как это может быть, если отношения по недропользованию основаны на договоре на недропользование?

Во втором абзаце утверждается: применение принципа диспозитивности не должно распространяться на гражданско-правовые отношения, затрагивающие публичные интересы.

Я не знаю, что это за отношения, в принципе, под них можно подвести все что угодно, но в первую очередь это, видимо, отношения с участием государственных юридических лиц и юридических лиц (акционерных обществ и товариществ с ограниченной ответственностью) с участием государства. Это значит, что государство пытается исключить из действия такого основополагающего принципа гражданского

права, как принцип диспозитивности, созданные или контролируемые им юридические лица.

Основные положения Концепции правовой политики в отношении гражданского права

О расстановке приоритетов в отношении публичного права и частного права в современном Казахстане можно судить хотя бы по тому факту, что в Концепции правовой политики из 18 страниц письменного текста гражданскому (и вообще всему частному праву) посвящено чуть больше одной страницы. Семнадцать к одному — это и есть примерное соотношение того значения, которое государство придает развитию публичного и частного права. Хотя в реальной жизни соотношение пропорций значения публичного и частного права выглядит с точностью наоборот.

В силу того, что совершенствование гражданского права занимает такое небольшое место в Концепции правовой политики, положения, заложенные в разделе «Гражданское право», — это не развернутые или более менее полные положения, а, скорее, идеи или фрагменты Концепции совершенствования гражданского законодательства.

Поэтому полезным будет посмотреть основные положения Концепции правовой политики и то, что стоит за этими положениями. За неимением времени я смогу описать это очень фрагментарно.

Основные положения Концепции правовой политики:

1) нормативное определение понятий «отказ от права» и «отказ от осуществления права», последствий каждого из видов отказа;

2) это положение в настоящее время реализовано в Законе о внесении изменений и дополнений в ГК¹.

В чем суть проблемы?

В п. 2 ст. 8 ГК было закреплено, что «отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами».

Эта формула вносила определенную путаницу в понятия «отказ от права» и «отказ от осуществления права». Поскольку в п. 2 ст. 8 ГК речь шла об отказе от осуществления права», неизбежно вставал вопрос, имеют ли право субъекты на отказ от права.

Для нас было совершенно ясно, что имеют. Это вытекало и из п. 1 ст. 8 ГК о том, что «граждане и юридические лица по своему усмотрению

¹ См.: Закон РК от 25 марта 2011 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства» // Казахстанская правда. 2011. 15 апреля.

распоряжаются принадлежащими им гражданскими правами, в том числе правом на их защиту». Несомненно, это право включает в себя и отказ от права. Но поскольку это прямо не было выражено в ГК, всегда делались попытки лишить стороны права на отказ от права.

В судебной практике были случаи, когда лицо заявляло об отказе от принадлежащего ему права, но судьи, ссылаясь на п. 2 ст. 8 ГК, считали, что отказ от права не влечет прекращения этого права, и поэтому лицо может взять обратно свой отказ.

Вопрос о праве граждан и юридических лиц на отказ от права дошел даже до Конституционного Совета РК¹.

Чтобы окончательно решить проблему права на отказ от права, в ГК были внесены определенные изменения.

Пункт 2 ст. 2 ГК изложен в следующей редакции:

Граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права, **а также отказываются, если иное не установлено законодательными актами, от прав**, своей волей и в своем интересе (выделенные слова добавлены в действующую редакцию пункта — *М.С.*).

Пункт 2 статьи 8 ГК изложен в следующей редакции:

«Неосуществление прав, принадлежащих гражданам и юридическим лицам, не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами».

Эти изменения позволяют установить четкую границу между отказом от права и неосуществлением права. Дело в том, что от осуществления права нельзя отказаться, его можно только не осуществлять. И вот такое неосуществление действительно не влечет прекращения права. А вот при отказе от права это право прекращается. И нельзя играть в игры с правами: сегодня отказался, а завтра забрал обратно. Если ты отказался от права на судебную защиту, подписав арбитражное соглашение, то в суд ты уже обращаться не имеешь права, а если обратишься, суд обязан тебе в рассмотрении дела отказать, предложив идти в арбитраж. А арбитраж рассматривает дело только при наличии арбитражной оговорки.

2) Вопросы статуса акционерных обществ. Здесь не добавлено еще: статуса товариществ с ограниченной ответственностью и вообще в целом юридических лиц, хотя проблем накопилось много. В частности, необходимость отказа от такой организационно-правовой формы юридических лиц, как государственное предприятие, отказ от использования организационно-правовой формы акционерного общества в качестве некоммерческой организации, отказ от государственного общественного фонда и т.п.

¹ Подробнее см. § 7.4 настоящей работы.

Проблемы корпоративного права в настоящее время приобретают первостепенное значение. Здесь возникает много теоретических трудностей, связанных с определением правовой природы корпоративных отношений. Нет проблем с отношениями АО с другими субъектами права, с отношениями между участниками – это все гражданское право. Но проблемы возникают с отношениями между АО, его органами. Эти отношения (так называемые внутрифирменные), если и можно отнести к предмету гражданского права, то с большой натяжкой.

Другой проблемой, связанной с АО, является использование организационно-правовой формы АО для некоммерческих организаций. Я всегда выступал против такой формы. В ГК она появилась только для бирж (фондовых и товарных), которые могли функционировать лишь в виде АО, но в то же время являлись некоммерческими. Однако в настоящее время биржи в Казахстане стали коммерческими.

Вроде бы исчезли основания для сохранения некоммерческих АО. Но когда мы в проекте Закона «О государственном имуществе», который сейчас принят¹, попытались провести норму о запрете создавать в форме АО некоммерческие организации, против этого резко выступило правительство и ряд министров (в частности, сельского хозяйства), которые успели насоздавать некоммерческие организации в форме АО.

Та же ситуация повторилась с государственными предприятиями. Мы попытались ликвидировать государственные предприятия на праве хозяйственного ведения, оставив пока только казенные. Это совершенно нормальное решение проблемы. Государственные предприятия продемонстрировали свою неэффективность, подверженность бесхозяйственности и коррупции. Таких организационно-правовых форм, как государственные предприятия на праве оперативного управления или хозяйственного ведения, не существует нигде в мире, это наследие плано-административной системы.

Тем не менее это предложение также встретило жесткое сопротивление правительства (конкретно одного из вице-премьеров) и министерств, особенно Министерства здравоохранения, где успели насоздавать массу таких предприятий.

Постигла нас неудача и с попыткой ликвидировать такое противозаконное образование, как государственный общественный фонд. Он появился в Законе РК от 16 января 2006 г. «О некоммерческих организациях», в п. 5 ст. 13 которого было закреплено:

¹ См.: Закон РК от 1 марта 2011 г. «О государственном имуществе» // Казахстанская правда. 2011. 10 марта.

«Государственным фондом признается фонд, созданный решением государственных органов, которым в установленном порядке передано право владения, пользования, распоряжения государственной собственностью, осуществляющих цели и задачи фонда за счет средств государственного бюджета.

Имущество государственного фонда формируется за счет государственного бюджета Республики Казахстан в установленном законодательством порядке, а также других источников, предусмотренных в статье 35 настоящего Закона и соответствующих целям деятельности государственного фонда».

Получается, что государственный фонд создается за счет государственного бюджета, расходуется на цели самого фонда, который является некоммерческой негосударственной организацией. То есть практически создается внебюджетный фонд.

На этот раз против нашего предложения выступило Управление делами Президента.

Как мы видим, проблем с юридическими лицами вообще и акционерными обществами в частности достаточно много и в течение ближайшего времени их надо решать.

3) Фиксация в ГК всего спектра ценных бумаг, участвующих в гражданском обороте. За этим скрывается восстановление в качестве ценных бумаг векселя и чека, определение правовой природы бездокументарных ценных бумаг.

Мы пытались решить этот вопрос в Законе о внесении изменений и дополнений в ГК, однако в ходе обсуждения проекта Закона в правительстве этот раздел был исключен из проекта ввиду спорности предлагаемых нами предложений. Теперь это дело новой Концепции совершенствования гражданского законодательства.

Вексель и чек были исключены из ГК Законом РК от 11 июня 1997 г. по инициативе Национального банка РК.

Мы долго не могли понять, на каком основании Нацбанк поставил вопрос об исключении из числа ценных бумаг векселя и чека. Разумных объяснений мы не получили, сколько их ни добивались. Как мы подозреваем, в основе этой позиции лежит та система, которая существовала в американском праве. Единообразный торговый кодекс США (ЕТК) термином «ценные бумаги» (security) обозначает только инвестиционные ценные бумаги (акции, облигации). К чеку и векселю применяется понятие «оборотные документы» (negotiable instrument).

Однако и инвестиционные ценные бумаги, и оборотные документы даже по ЕТК — это различные виды ценных бумаг. При этом признаки инвестиционных ценных бумаг, закрепленные в ст. 102 раздела VIII ЕТК, указывают на то, что при определенных условиях (в частности,

наличие документа — носителя соответствующего инвестиционного права) при обращении инвестиционных ценных бумаг на них распространяется режим оборотных документов. Анализ же признаков оборотного документа, установленных ст. 104 раздела III ЕТК, показывает, что документ является оборотным, если он:

- 1) закрепляет ничем не обусловленное право его владельца на получение денежной суммы;
- 2) составлен на предъявителя или по приказу обозначенного в бумаге лица (т.е. в виде ордерной бумаги).

Эти признаки являются признаками ценной бумаги и показывают, что вексель является классическим, если можно так выразиться, видом ценных бумаг.

Совершенно справедливым является тот подход, когда вексельное обращение регулируется самостоятельным законодательством, отличным от законодательства, регулирующего обращение эмиссионных бумаг. Но при этом не вызывает сомнения и другой факт: только Гражданский кодекс может установить основные принципы и механизмы передачи и осуществления прав, удостоверенных ценными бумагами. И поскольку вексель отвечает требованиям, предъявляемым к ордерным и предъявительским ценным бумагам, постольку движение и осуществление подтверждаемых векселем прав должно производиться в строгом соответствии с механизмами, установленными ст. 132 и 133 ГК.

Вексель является древнейшим видом ценных бумаг, дошедшим до настоящего времени и имеющим применение в современном обороте. Являясь самым первым из известных нам видов ценных бумаг, вексель представляет собой и самый «чистый», ярко выраженный вид ценных бумаг. В подтверждение сказанного можно привести следующие доводы:

- а) вексель как документ обладает абсолютной абстрактностью, т.е. из содержания этого документа невозможно узнать, на каких основаниях он был выпущен в обращение, какая сделка или иной факт лежит в основе его выпуска; сам вексель обращается совершенно независимо от такой сделки или иного факта, а также независимо от любых иных отношений, не имеющих отражения в тексте документа;
- б) к форме векселя предъявляются очень жесткие требования об обязательном наличии в тексте документа установленных законодательством реквизитов, что обуславливает недопустимость возражений, выходящих за рамки содержания векселя (формальность векселя);
- в) возможность выпуска векселя только в форме ордерной или предъявительской ценной бумаги существенно повышает оборотоспособность векселя по сравнению с именными ценными бумагами.

Установление в отношении векселя перечисленных требований, а также режима ценной бумаги обусловлено и содержанием Единого образца закона о переводном и простом векселе, установленного Женевской конвенцией 1930 г.

Приведенных аргументов, на мой взгляд, достаточно, чтобы признать, что вексель является одним из видов ценных бумаг, что, в свою очередь, обуславливает обязательность применения правил, установленных ст. 130—134 ГК, в целях урегулирования выпуска и обращения векселей, а также восстановления и осуществления удостоверяемых векселем имущественных прав. Более того, для таких документов, как вексель, называемых в развитых странах оборотными документами, денежными документами или финансовыми инструментами, классическая форма ценной бумаги является, на наш взгляд, единственно приемлемой, так как отсутствие строго определенной формы практически лишает вексельное обязательство той специфики, которая обусловила появление векселя в гражданском обороте. Такая форма предполагает наличие письменного документа, который бы своим содержанием достаточно и однозначно удостоверял наличие у его владельца безусловного одностороннего права требования определенной суммы денег и который можно передать простым физическим вручением (нередко с соблюдением специальных процедур) в целях осуществления передачи удостоверяемого им права. Отсутствие подобного документа элементарно повлечет за собой исчезновение векселя из реальной жизни.

Одним из наиболее спорных вопросов, который необходимо решать, является вопрос о природе права на акции. К сожалению, в законодательстве (в частности, Законе «Об акционерных обществах») сохранились нормы, закрепляющие право собственности на акции, хотя это противоречит ГК. В п. 2 ст. 115 ГК наряду с вещами выделяются деньги и ценные бумаги. Их нельзя однозначно относить к вещам. Деньги и ценные бумаги могут быть вещами (наличные деньги, документарные ценные бумаги), тогда на них возникает право собственности; или имущественными правами (безналичные деньги, бездокументарные ценные бумаги) — тогда на них возникают обязательственные права.

В отношении денег этот вопрос решен в ГК. В ст. 115 включен п. 21: «К деньгам и правам (требованиям) по денежному обязательству (правам требования по уплате денег) применяется соответственно правовой режим вещей или имущественных прав (требований), если иное не предусмотрено Гражданским кодексом, иными законодательными актами Республики Казахстан или не вытекает из существа обязательства». То есть деньги могут быть вещами (наличные деньги) или имущественными правами (безналичные деньги).

Такой же режим применяется соответственно к документарным ценным бумагам (вещи) и бездокументарным ценным бумагам (имущественные права). Положение осложняется еще и в результате того, что в настоящее время все акции являются бездокументарными ценными бумагами.

На акции акционерных обществ, выпускаемые согласно ст. 12 Закона «Об акционерных обществах» в бездокументарной форме, не существует права собственности, права акционера не могут быть подтверждены правом собственности на акцию, а подтверждаются сведениями из системы реестров держателей ценных бумаг. То, что в отношении бездокументарной ценной бумаги не существует права собственности и у обладателя бездокументарной ценной бумаги вместо права собственности возникает обязательственное право, следует из определения права собственности, сущностью которого является право на вещь, т.е. материальный объект, невозможность существования права собственности на иные, кроме вещей, виды имущества, а также договорные отношения между акционерным обществом и акционером, с одной стороны, и регистратором по формированию системы реестров бездокументарных акций, с другой стороны. Согласно п. 2 ст. 115 ГК имущество составляют вещи и имущественные права (требования). Право собственности (являющееся центральным вещным правом) и иные вещные права могут быть только в отношении вещей. Возможность существования права собственности и иных вещных прав на «телесную» вещь и существование обязательственных прав (невозможность права собственности) на иные виды имущества (безналичные деньги, бездокументарные ценные бумаги, права (требования) из договора и иных обязательств) вытекает из науки и Концепции гражданского права, неукоснительно соблюдается судебной практикой, является основой для законодательной работы по совершенствованию гражданского законодательства.

Данная аксиома существует на протяжении нескольких тысячелетий со времен римского права и является незыблемым фундаментом гражданского права.

Правовая природа бездокументарных акций всегда вызывала и вызывает большие дискуссии в юридической литературе. Высказываются самые разные теории, в том числе о праве собственности на «бестелесное» имущество¹. Но традиционная и преобладающая точка

¹ См., например: *Саватье Р.* Теория обязательств. Юридический и экономический очерк. М., 1972. С. 90–91; *Басин Ю.Г.* Совершенствование законодательства о ценных бумагах. Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 11 / Проф. А.Г. Диденко. Алматы: Баспа, 2001. С. 45; *Братусь Д.А.* Бестелесные вещи в гражданском праве // Объекты гражданских прав: Мо-

зрения — права собственности на бездокументарные ценные бумаги как результат их учета в реестре ценных бумаг не существует. Применительно к бездокументарным акциям право собственности означало бы признание права собственности на запись в реестре, что выглядит не совсем разумно. Законодательство Казахстана (так же как и России) исходило всегда из концепции, что бездокументарные акции — это не вещи, а имущественные права.

Однако в Концепции развития гражданского законодательства РФ закреплено: «В частности, необходимо указать на то, что к безналичным денежным средствам и бездокументарным ценным бумагам могут применяться правила о вещах, если иное не установлено законом, иными правовыми актами и не вытекает из существа названных объектов».

4) Недостаточная полнота определения составных видов убытков, установление порядка определения реального ущерба. Это проблемы абстрактных убытков, определения размера убытков, возмещения убытков при прекращении договора и т.п.

Я думаю, при реализации этого пункта Концепции правовой политики мы можем использовать положения Концепции развития гражданского законодательства РФ, в которой предлагается включить в ГК отдельную статью «Определение размера убытков, подлежащих возмещению», где можно было бы закрепить следующие положения:

а) если иное не установлено законом или договором, должник, нарушивший обязательство, должен возместить кредитору причиненные убытки в полном размере; полное возмещение убытков означает, что кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом;

б) должник, нарушивший договор, не должен возмещать ущерб, который он не предвидел или не должен был разумно предвидеть при заключении договора как вероятное последствие его нарушения;

в) размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности; суд не может отказать в удовлетворении требования о возмещении убытков за нарушение обязательства исключительно по тому основанию, что по обстоятельствам дела размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности; в этом случае размер подлежащих возмещению должником убытков определяется судом исходя из принципов справедливости, соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства и с учетом всех обстоятельств дела.

В той же Концепции предлагается решить в отдельной статье проблемы возмещения убытков при прекращении договора, закрепив в ней следующие положения:

а) если нарушение должником договора повлекло его досрочное прекращение и кредитор заключил иную сделку взамен прекращенного договора, он вправе потребовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращенном договоре, и ценой на сопоставимые товары, работы, услуги по заменяющей его сделке;

б) если кредитор не совершил заменяющей сделки, однако в отношении предусмотренного нарушенным договором исполнения имеется текущая цена на сопоставимые товары, работы, услуги, кредитор вправе потребовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращенном договоре, и текущей ценой; текущей ценой признается цена, взимаемая в момент прекращения договора за сопоставимые товары, работы, услуги в месте, где должно было быть исполнено договорное обязательство, а при отсутствии текущей цены в указанном месте может быть использована текущая цена, применявшаяся в другом месте, которая может служить разумной заменой с учетом транспортных и иных дополнительных расходов;

в) удовлетворение указанных требований не освобождает сторону, не исполнившую или ненадлежаще исполнившую обязательство, от возмещения иных убытков, причиненных другой стороной¹.

5) Совершенствование института недействительности сделок, уточнение понятия сделок, их состав и последствия неисполнения сделок. Здесь встают проблемы соотношения механизма признания сделок недействительными и механизма истребования имущества у добросовестного или недобросовестного приобретателя; последствий заключения сделки или ряда сделок на основании первоначальной сделки, впоследствии признанной недействительной; соотношения недействительных сделок с несовершенными (незаконченными); возложения на добросовестную сторону недействительной сделки ответственности в виде возмещения другой стороне убытков.

В Концепции правовой политики специально выделено положение о том, что «следует концептуально определиться в отношении применимости двусторонней реституции при недействительности сделки, если приобретатель вещи по сделке является добросовестным и у которого в предусмотренных законом случаях эта вещь не может быть истребована». Это положение остается спорным в теории гражданского

¹ См.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2009. С. 116–117.

права, так как здесь сталкиваются два субъекта (кредитор по сделке и добросовестный приобретатель), интересы которых гражданское право традиционно защищает.

Это вопрос только начинает серьезно исследоваться в юридической литературе¹.

Другой сложной теоретической проблемой является соотношение понятий «недействительные сделки» и «несостоявшиеся сделки». К сожалению, в ГК РК совсем не решен вопрос о несостоявшихся сделках, что вызывает проблемы в судебной практике.

При разработке проекта Закона о внесении изменений и дополнений в ГК мы попытались раскрыть понятие несостоявшейся сделки, но четкого ограничения ее от недействительной не получилось, и мы пока от включения такого понятия в ГК отказались. Это дело будущего, тем более что исследования в этой сфере уже начались².

б) Необходимость законодательного расширения прав и оснований возникновения вещных прав. Эта проблема новых вещных прав таких, как сервитут, который не раскрыт в Гражданском кодексе, владение, суперфиций, эмфитевзис и, возможно, др.

Этот вопрос требует серьезной теоретической проработки и анализа практических последствий законодательного закрепления того или иного вида вещных прав. Скажем, сервитут хорошо себя зарекомендовал в земельном праве, делаются попытки, правда не совсем удачные, внедрить его в недропользование, видимо, назрело время включить общие положения о сервитуте в ГК.

Что касается суперфиция и эмфитевзиса (в концепции РК они называются «право застройки» и «право постоянного владения и пользования»), то необходимость их внедрения нуждается в серьезном исследовании. Это же относится узुфрукту (право личного пользования по Концепции развития гражданского законодательства РФ). Возможно, в России эти институты необходимы, так как у них нет таких институтов, введенных в Казахстане, как право временного и постоянного землепользования. В настоящее время эти институты эффективно работают, и при введении новых вещных прав необходимо тщательно выявить их соотношение с правом землепользования. То же касается и права недропользования, лесопользования, лесовладения, водопользования и т.п.

Совершенно справедливо в Концепции развития гражданского законодательства РФ залог включен в число вещных прав. В теории

¹ См.: Тузов Д.В. Недопущение реституции и конфискация при недействительности сделок. Теоретический очерк. М.: Статут, 2008.

² См., например: Кияшко В.А. Несостоявшиеся сделки: очерк законодательства, теории и практики. СПб.: Изд. Р. Асланова «Юрид. Центр Пресс», 2007.

гражданского права Казахстана залог всегда рассматривался как вещное право на него, но указание на залог как одно из вещных прав, несомненно, было бы полезным.

7) Вопросы участия государства в гражданско-правовых отношениях и отказа от иммунитета в сфере частноправовых отношений. Этот вопрос практически решен, но как-то странно: в ГПК внесены изменения и дополнения, устанавливающие ограниченный иммунитет для иностранных государств, а в ГК внесено дополнение, устанавливающее абсолютный иммунитет для Республики Казахстан в частноправовых отношениях¹. Норма об абсолютном иммунитете невыполнима и к тому же противоречит Конвенции ООН от 2 декабря 1994 г. «О юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности», ратифицированной Казахстаном Законом РК от 27 октября 2009 г. Между тем, эта Конвенция целиком основана на теории ограниченного иммунитета.

8) Целесообразность введения агентов в число субъектов гражданского права и регламентации вопросов агентского соглашения. В этом пассаже совершенно непонятна фраза «введение агентов в число субъектов гражданского права». Видимо, хотели сказать: «субъектов гражданского оборота». А речь идет просто о введении в число договорных обязательств наряду с комиссией и поручением еще и агентского соглашения.

9) Меры по совершенствованию общих и специальных норм Гражданского кодекса об обязательствах. За этой фразой скрывается большой блок предложений по совершенствованию общих норм (введение банковской гарантии, соотношение одностороннего отказа от договора и расторжения договора, введения нормы о натуральных обязательствах, уточнение конструкции предварительного договора и др.) и особых норм об обязательствах (главным образом, совершенствование системы банковских договоров, договоров о безвозмездном оказании услуг и др.).

10) Приведение нормативных актов, определяющих право интеллектуальной собственности, в соответствие с международными стандартами в этой области, но при учете иностранных интересов. Это положение настолько расплывчато, что может трактоваться в самых разных направлениях. Основная проблема: следует ли нам идти по пути совершенствования раздела ГК об интеллектуальной собственности, предложенному изменениями в ГК РФ, где в ГК включили все нормы об интеллектуальной собственности, ликвидировав законы

¹ См.: Закон РК от 5 февраля 2010 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам иммунитета государства и его собственности, совершенствования деятельности третейских судов и международного коммерческого арбитража».

об отдельных видах интеллектуальной собственности. Мне этот путь представляется неправильным, нарушающим основной принцип построения ГК как источника частного права. Но проблема существует.

11) Совершенствование правового регулирования процедур банкротства, особенно банкротства индивидуальных предпринимателей. В сфере регулирования банкротства накопилось много проблем, с отменой Закона «О частном предпринимательстве» осталось неурегулированным банкротство индивидуальных предпринимателей. Нуждается в обсуждении целесообразность введения банкротства физических лиц.

Это практически все положения Концепции правовой политики, касающиеся гражданского права. Из их изложения и толкования ясно, что применение этих положений возможно только после создания на их основе новой расширенной Концепции совершенствования гражданского законодательства РК на период с 2010 до 2020 г.

В связи с изменениями, которые необходимо внести в ГК, внесение соответствующих изменений и дополнений потребуются в законы о хозяйственных товариществах, о государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств, о жилищных отношениях, о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью, о платежах и переводах денег, о сельской потребительской кооперации, о некоммерческих организациях, об акционерных обществах, о банкротстве, о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, об инвестициях, о финансовом лизинге, о франчайзинге, о долевом участии в жилищном строительстве и другие законодательные акты.

Особое место в системе законодательных актов занимает Закон РК от 1 марта 2011 г. «О государственном имуществе» (далее — Закон о госимуществе). Проект Закона был разработан по заказу Министерства экономики и бюджетного планирования РК юридической фирмой «Зангер» совместно с НИИ частного права. Закон о госимуществе написан в развитие норм Гражданского кодекса РК и определяет особенности управления государством своим имуществом.

Именно Закон о госимуществе призван решить проблемы управления государством экономическими процессами и определить пределы вмешательства государства в предпринимательскую деятельность.

Принятие Закона о госимуществе наглядно свидетельствует о борьбе двух тенденций: усилении административно-правовых рычагов вмешательства государства в частнопредпринимательскую деятельность и полной самостоятельности юридических лиц в рамках законов об АО и ТОО. Создание холдинга «Самрук Казына» свидетельствует как раз о том, что в управлении госимуществом возобладали гражданско-правовые корпоративные принципы управления. Госорганы участвуют

в управлении национальными холдингами и национальными компаниями, но не путем выдачи разрешений и приказов, а путем участия в органах управления холдингами, которые, в свою очередь, осуществляют свою деятельность, руководствуясь нормами закона об АО.

Закон о госимуществе посвящен регулированию отношений, связанных с имуществом, поэтому он построен по модели осуществления имущественных прав.

Управление госимуществом в Законе понимается как осуществление государством (Республикой Казахстан или административно-территориальной единицей) права государственной собственности и иных имущественных прав. Субъектами управления являются собственники имущества — Республика Казахстан и административно-территориальная единица, от имени которых управление осуществляет Правительство РК (местный исполнительный орган) или иные государственные органы в рамках их компетенции.

В Законе в связи с этим детально прописана компетенция Правительства РК, уполномоченного органа по госимуществу, уполномоченного органа соответствующей отрасли, местного исполнительного органа и иных государственных органов.

В Законе рассматриваются основания приобретения государством имущества, в том числе реквизиция, национализация и изъятие имущества для государственных нужд; основания прекращения имущественных прав государства, в том числе приватизация. Регулируются также владение и пользование государственным имуществом, в частности: аренда, ссуда и доверительное управление.

Самостоятельные разделы посвящены управлению имуществом государственных юридических лиц (государственных предприятий и государственных учреждений) и имуществом юридических лиц с участием государства (особенно контролируемых государством АО и ТОО).

Включен раздел об учете госимущества, в котором предусмотрено внедрение реестра госимущества.

Особняком стоит раздел о стратегических объектах. В связи с тем, что к стратегическим объектам относится имущество, принадлежащее не только государству, но и гражданам и негосударственным юридическим лицам, нормы этого раздела, строго говоря, выходят за пределы предмета Закона о госимуществе. Поэтому мы исключили из Закона общие положения о стратегических объектах, оставив их в ГК. В Законе регулируется порядок выдачи разрешений негосударственным юридическим лицам и гражданам на отчуждение принадлежащих им стратегических объектов и обременение стратегических объектов правами третьих лиц. Причем в Законе оставлены только такие обременения,

которые могут привести к отчуждению имущества (залог, аренда или доверительное управление имуществом с последующим выкупом). Таким образом, все нормы о стратегических объектах так или иначе связаны с осуществлением приоритетного права государства на приобретение стратегического объекта, т.е. с переходом имущества в состав государственного имущества.

7.2. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Отнесение семейного права к частному праву не вызывает сомнений у большинства исследователей. Встречаются, правда, в литературе утверждения, что семейное право является в отличие от гражданского публичным правом¹, но эти утверждения построены, по-моему, на недоразумениях.

Для начала приведу несколько определений.

Советское семейное право есть отрасль права, регулирующая немущественные и связанные с ними имущественные отношения, возникающие из брака, родства, усыновления, принятия детей в семью на воспитание, в целях создания в будущем коммунистической семьи².

Семейное право как суверенная отрасль российской правовой системы, как самостоятельная отрасль права есть совокупность государственных предписаний, адресованных лицам, намеревающимся создать семью или установить семейные правоотношения³.

Семейное право как отрасль права регулирует определенный вид общественных отношений — семейные отношения, которые возникают из факта принадлежности к семье⁴.

С давних пор в юридической литературе идет дискуссия о месте семейного права в системе права. В основном это выразилось в наличии двух точек зрения:

1) семейное право есть составная часть, подотрасль гражданского права;

2) семейное право — самостоятельная отрасль права со своим предметом и своим методом.

А.М. Нечаева пишет, что в наше время ответ на вопрос о самостоятельности семейного права имеет принципиальный, можно сказать,

¹ См.: *Богданова Г.В.* Проблемы правового регулирования личных и имущественных отношений между родителями и детьми: Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 6.

² См.: *Рясенцев В.А.* Семейное право. М.: Юрид. лит., 1971. С. 8.

³ См.: *Нечаева А.М.* Семейное право: Учебник. 3-е изд. М.: Юрист, 2006. С. 16.

⁴ См.: *Пчелинцева Л.М.* Семейное право России: Учебник. 5-е изд. М.: Норма, 2008. С. 11.

мировоззренческий характер, так как он не просто предопределяет направленность семейно-правового регулирования подвластных действию права семейных отношений, но и теснейшим образом связан с целями, которые преследует государство. И в конечном счете определяет место и роль семейного права в становлении, развитии личности, сохранении извечных общечеловеческих ценностей, оберегающих обладателя семейных прав от роли только лишь делового партнера, что противоречит естественной природе человека¹.

Написано с пафосом и даже с надрывом, но, как мне кажется, мимо цели. Все эти направления, цели и задачи семейное право прекрасно может выполнять и в составе гражданского права².

В дореволюционное время права и обязанности семейственные находились под властью законов гражданских (т. X кн. 1 Свода законов гражданских). Тем не менее и тогда ряд юристов обосновывали точку зрения о самостоятельности семейного права³.

В российской и постсоветской литературе были сторонники семейного права как самостоятельной отрасли права (Д.М. Генкин, С.Н. Братусь, Г.М. Свердлов, А.И. Пергамент, В.А. Рясенцев, Е.М. Ворожейкин, А.М. Нечаева, Л.М. Пчелинцева, О.А. Рузакова, О.Ю. Косова, Н.Н. Тарусина, Н.С. Шерсткова, М.А. Махмудов, М.Ж. Муканова и др.).

Но было много и тех, кто утверждал, что семейное право является частью гражданского права (О.С. Иоффе, Ю.К. Толстой, М.В. Антокольская, Н.Д. Егоров, А.П. Сергеев, И.В. Жилинкова и др.)⁴. В Казахстане эту точку зрения отстаивает в своей докторской диссертации Б.А. Джандарбек⁵.

¹ См.: *Нечаева А.М.* Семейное право: актуальные проблемы теории и практики. М.: Юрайт - Издат, 2007. С. 31–32.

² Такой же пафос и ссылки на ценность семьи, категории вечных вопросов и их глобального характера просматриваются в аргументации М.Ж. Мукановой в пользу самостоятельности семейного права (См.: *Муканова М.Ж.* Место и значение семейного права в современный период // Государство и гражданское право: Материалы междунар. науч.-практ. конференции, посвященной памяти и 85-летию со дня рождения докт. юрид. наук, проф. Ю.Г. Басина (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 29–30 мая 2008 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2008. С. 454.

³ См.: *Оришанский Н.Г.* Исследования по русскому праву, семейному и наследственному. СПб., 1877. С. 3; *Загоровский А.И.* Курс семейного права. Одесса, 1909. С. 1; *Боровиковский А.* Отчет судьи. СПб., 1891. С. 264. (Цит. по: *Нечаева А.М.* Семейное право: Актуальные проблемы теории и практики. М.: Юрайт-Издат, 2007. С. 32).

⁴ Обзор точек зрения на место семейного права в системе права см.: *Нечаева А.М.* Семейное право: Актуальные проблемы теории и практики. М.: Юрайт-Издат, 2007. С. 31–57.

⁵ См.: *Джандарбек Б.А.* Правовое регулирование брачно-семейных отношений в Республике Казахстан: Дисс. ... докт. юрид. наук. Алматы, 2010. С. 49–109.

Мне бы не хотелось подробно разбирать аргументы тех и других. Все это много раз обсуждалось в юридической литературе.

Сторонники самостоятельности семейного права утверждают, что семейным правоотношениям присущи особые, специфические черты¹, в частности:

1) субъектами могут быть только граждане (это не довод: в гражданском праве масса отношений, где субъектами могут быть только граждане);

2) возникают из своеобразных юридических фактов: брака, родства и т.п., т.е. юридических фактов — состояний. (Это специфика, но ничего не доказывающая, тем более, как признают сами сторонники самостоятельности семейного права, и в семейном праве применяются юридические факты, свойственные гражданскому праву, в частности, договор, брачный договор, соглашение об алиментах);

3) семейные отношения, как правило, являются длящимися и связывают между собой не посторонних людей (как в гражданском праве), а близких (этот аргумент, как мне кажется, тоже не срабатывает. В гражданском праве много длящихся отношений. Что касается близкородственных связей, это, конечно, специфика, но в гражданском праве есть институт крестьянского хозяйства, основанный на родственных связях, который специалисты по семейному праву почему-то не включают в состав семейного права. И вообще, дело не в родственных связях, а в том, какова правовая природа отношений, возникающих между родственниками);

4) строгая индивидуализация их участников, неотчуждаемость семейных прав и обязанностей (это тоже не специфика, достаточно вспомнить фидуциарные (доверительные), наследственные и авторские правоотношения в гражданском праве);

5) по содержанию семейные правоотношения являются преимущественно личными и лишь затем имущественными (преимущественно личные или преимущественно имущественные — это все оценка не правовой природы, а преобладания тех или иных отношений. То есть оценка не качественная, а чисто количественная. Опять же эта характеристика полностью подходит к праву интеллектуальной собственности);

6) семейным отношениям присущ особый, лично-доверительный характер, поскольку главное место в них занимают именно личные

¹ См., например: *Ворожейкин Г.М.* Семейные правоотношения в СССР. М., 1972. С. 53; *Кашанина Т.В., Кашанин А.В.* Основы российского права. М., 1996. С. 403–404; *Матвеев Т.К.* Советское семейное право. М., 1985. С. 34–35; Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева. М., 1982. С. 10; *Пчелинцева Л.М.* Семейное право России: Учебник. 5-е изд. М.: Норма, 2008. С. 19–20; *Нечаева А.М.* Семейное право: Актуальные проблемы теории и практики. М.: Юрайт-Издат, 2007. С. 33.

связи членов семьи (да, это имеет место, но какая из этого вытекает именно правовая специфика, не совсем ясно. Для фидуциарных отношений это тоже важно, но они при этом остаются гражданско-правовыми).

А.М. Нечаева добавляет к этому аргументы, которые носят не правовой, а нравственно-этический характер, в частности: ядро семейно-правовых отношений — их духовность, нравственные начала человеческого поведения, что относится к непреходящим ценностям российского общества; соображения экономического свойства не превалируют при регулировании семейных отношений; семейное право в отличие от гражданского несет большую воспитательную нагрузку, выполняет воспитательную миссию по отношению к самым широким слоям населения, а потому тяготеет не к экономике, а к нормам нравственного порядка; внедрение экономических начал в семейное право чревато моральным опустошением человеческой личности; семейное право по сути своей тяготеет к праву естественному. Оно ближе к человеческой природе, имеющей свои ценности¹.

Трудно что-либо возразить против этих красивых слов. Неясно только, какое это имеет отношение к разграничению отраслей права. Это скорее моральные установки, чем правовые.

Критериями разграничения отраслей выступают предмет и методы правового регулирования.

Предметом семейного права, так же как и гражданского, выступают имущественные и личные неимущественные отношения. Это главное. А то, что в семейном праве сначала личные отношения, а потом имущественные отношения, а в гражданском праве, наоборот, никак не влияет на это обстоятельство.

Методом правового регулирования в гражданском праве и семейном праве выступает метод равенства участников отношений.

Нельзя согласиться с утверждениями, что в регулировании семейных правоотношений, которые уже возникли, преобладают в основном начала публичные, особенно, когда речь идет о защите ребенка².

Отношения между супругами, родителями и детьми, другими членами семьи основаны на началах равенства. Именно эти отношения являются семейными. Отношения с государством и его органами, в чем бы они ни выражались, в том числе и отношения по защите прав ребенка, — это не семейные отношения. Это административные, уголовные и т.п.

¹ См.: Нечаева А.М. Семейное право: актуальные проблемы теории и практики. С. 37.

² См.: там же.

Подобные публичные нормы есть и в ГК (регистрация, лицензирование), но они не являются гражданско-правовыми, это нормы административного права.

Нельзя признать правильными утверждения, что особенности метода регулирования семейного права заключаются в значительном количестве в нем предписаний императивного характера, тогда как гражданское право состоит в основном из диспозитивных норм¹.

Во-первых, является заблуждением утверждение, что гражданское право состоит в основном из диспозитивных норм. Это неверно даже применительно к договорным отношениям. Что тогда говорить о других институтах гражданского права? Как это парадоксально не звучит, но большинство норм, содержащихся в ГК, — это императивные нормы.

Во-вторых, нельзя путать императивные и публичные нормы. Императивные нормы есть и в публичном, и в частном праве. Наличие императивных норм, даже если их большинство, никак не влияет на частноправовую природу отрасли права.

Все сказанное позволяет сделать вывод о единстве гражданского и семейного права. Исторически семейное право вышло из гражданского права, и было бы логичным вернуть его опять в лоно гражданского права.

Об этом я говорил еще 10 лет назад. Я писал тогда: «Необходимо возвратиться к положению, существующему в развитых рыночных обществах, и начать работу по собиранию под крыло гражданского права всех отраслей, которые в советское время в силу засилья планово-административной системы оказались вырванными из гражданского права и превратились в самостоятельные отрасли. Я имею в виду прежде всего семейное, трудовое, природоресурсовое право... Я сейчас очень жалею о том, что мы не включили семейные отношения в ГК, как это сделали в Грузии и других странах. Но в то время (в 1994 г.) у нас не было на это ни сил, ни возможностей».

Я и сейчас остаюсь при этом мнении.

Однако я считаю в то же время, что не является принципиальным вопросом сам факт включения или невключения семейного права в состав гражданского права. Наличие общего предмета и метода правового регулирования совсем не обязательно говорит о единой отрасли права. Насчет предмета я уже писал выше², что имуществен-

¹ См.: *Пчелинцева Л.М.* Семейное право России: Учебник. 5-е изд. М.: Норма, 2008. С. 29.

² См. § 4 настоящей работы.

ные и личные отношения могут регулироваться практически всеми отраслями права. А метод равенства характерен для всех отраслей частного права.

Поэтому семейное право может оставаться и самостоятельной отраслью права. Включение или невключение его в состав гражданского права целиком зависит от воли законодателя или исторической случайности, как в случае с семейным правом Казахстана. Если бы в период создания ГК у рабочей группы хватило сил и времени включить семейное законодательство в ГК, то в Казахстане сейчас было бы единое гражданское право с семейным правом как подотраслью гражданского права.

Для меня главным является тот факт, что семейное право (будь оно самостоятельным или в составе гражданского права) входит в состав частного права.

7.3. ТРУДОВОЕ ПРАВО

Вопрос о предмете трудового права является сложным и вызвал большие споры в юридической литературе. Однако к настоящему времени специалисты по трудовому праву (трудовики) пришли к определенному консенсусу. Ввиду многочисленности российской литературы по этому вопросу я приведу только высказывания казахстанских исследователей.

Например, С.А. Димитрова пишет:

«Трудовые отношения складываются в связи с непосредственной деятельностью людей в процессе труда, выполнением работы. Такие отношения возникают по поводу применения живого труда и связаны с созданием материальных и духовных благ. Трудовые отношения составляют основу трудового права. Именно трудовые отношения дали название данной отрасли права и предопределяют основные ее особенности. Предмет трудового права довольно широк и охватывает различные отношения, тесно связанные с трудовым правом. Система отношений, входящих в предмет трудового права, обладает определенным единством. В нее входят следующие отношения:

- трудовые;
- организационно-управленческие между представительными органами работников и администрацией организации;
- по занятости населения;
- по профессиональной подготовке и повышению квалификации непосредственно на производстве;

по надзору за охраной труда и соблюдением трудового законодательства».¹

По мнению В.Н. Уварова, предметом трудового права выступают трудовые отношения, возникающие по поводу привлечения рабочей силы в общественное производство, организации и установления условий труда.

В структурном отношении предмет трудового права включает:

а) трудовые правоотношения, возникающие между работником и работодателем на основе индивидуальных трудовых и коллективных договоров, в силу которых устанавливаются взаимные обязательства сторон по поводу осуществления сторонами определенной трудовой деятельности;

б) отношения по трудоустройству, возникающие в связи с обращением граждан в уполномоченные государственные органы по труду с целью получения работы в соответствии со своими способностями и профессиональной подготовкой, с учетом личных интересов и общественных потребностей;

в) организационно-управленческие отношения, возникающие между администрацией и коллективом предприятия (учреждения, организации) по поводу организации производства и управления коллективом в процессе совместной трудовой деятельности;

г) отношения по профессиональному обучению работников, возникающие по поводу подготовки квалифицированных рабочих непосредственно на производстве; подготовки безработных к новым сферам применения труда в условиях развития рыночных отношений;

д) социально-экономические отношения, возникающие по поводу установления условий труда, его оплаты и социальных гарантий работников на основе генерального, областных и отраслевых (тарифных) соглашений, коллективных договоров и соглашений;

е) отношения по надзору за охраной труда и соблюдением трудового законодательства, возникающие по поводу осуществления общего и специализированного государственного надзора и контроля за соблюдением законодательных и других нормативных правовых актов по охране труда, технике безопасности, производственной санитарии и иных условий безопасности труда с участием соответствующих компетентных органов;

ж) отношения по рассмотрению трудовых споров, возникающие по поводу разрешения разногласий по вопросам установления условий

¹ См.: Основы государства и права Республики Казахстан: Учеб. пособие для студентов высш. учеб. заведений. Алматы: Жет жаргы, 1997. С. 154.

труда и применения норм трудового законодательства. Субъектами таких отношений могут быть работник и работодатель (индивидуальные трудовые споры) либо трудовой коллектив и работодатель (коллективные трудовые споры)¹.

Как отмечают теоретики трудового права М.В. Лушникова и А.М. Лушников, «в настоящее время общепризнано, что предмет трудового права составляют трудовые (социально-трудовые) отношения между работниками и работодателями, т.е. отношения, складывающиеся в процессе применения наемного (несамостоятельного) труда, опосредованные трудовым договором, а также иные, непосредственно связанные с трудовыми, отношения»².

В настоящее время трудовые отношения регулируются Трудовым кодексом РК от 15 мая 2007 г. (далее – ТК)

В п. 1 ст. 9 ТК закрепляется, что Трудовой кодекс регулирует отношения:

- 1) трудовые;
- 2) непосредственно связанные с трудовыми;
- 3) социального партнерства;
- 4) по безопасности и охране труда.

Трудовые отношения – отношения между работником и работодателем, возникающие для осуществления прав и обязанностей, предусмотренные трудовым законодательством РК, трудовым, коллективным договорами (подп. 24 ст. 1 ТК).

Отношения, непосредственно связанные с трудовыми – отношения, складывающиеся по поводу организации и управления трудом, трудоустройства, профессиональной подготовки, переподготовки и повышения квалификации работников, социального партнерства, заключения коллективных договоров и соглашений, участия работников (представителей работников) в установлении условий труда в предусмотренных Трудовым кодексом случаях, разрешения трудовых споров и контроля за соблюдением трудового законодательства РК (подп. 25 ст. 1 ТК).

Из этих определений вытекает, что, во-первых, отношения, регулируемые Трудовым кодексом, весьма разноплановы и не могут рассматриваться как однотипные; во-вторых, трудовые отношения составляют лишь часть этих отношений.

Таким образом, отношения, регулируемые трудовым законодательством, четко делятся на:

¹ См.: Уваров В.Н. Трудовое право Республики Казахстан: Учебник. Алматы: КазГЮА, 2000. С. 20.

² См.: Лушникова М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. СПб.: Изд. Р. Асланова, Юрид. Центр Пресс, 2006. С. 356.

- 1) трудовые отношения;
- 2) иные отношения, непосредственно связанные с трудовыми.

Однако все эти отношения, по господствующей теории, выступают предметом трудового права. Для меня это не очень понятно. Если трудовое право регулирует общественные отношения определенного вида, эти отношения должны называться трудовыми. Если же трудовое право, помимо трудовых отношений, регулирует еще какие-то отношения, то это будет уже не трудовое право, а нечто большее по объему и не совсем понятное.

Каково же решение проблемы? Его можно найти в исследованиях самих трудовиков. Они часто ссылаются на исследования дореволюционного ученого Л.С. Таля, который, по-моему, очень четко определил двойственный характер трудового права и основной критерий разграничения двух его частей.

Так вот, Л.С. Таль в свое время выделял:

— частное промышленное (трудовое) право, предмет которого включает в себя отношения, связанные с хозяйской властью, нормативными соглашениями и трудовым (рабочим) договором;

— публичное промышленное (трудовое) право, предмет которого составляют отношения, связанные с применением законов, касающихся условий труда, организацией надзора за промышленностью и др.¹

Эта классификация, сделанная почти сто лет назад, до сих пор, по-моему, является основополагающей идеей трудового права.

Частное трудовое право регулирует отношения, вытекающие из трудового контракта и основанные на равенстве сторон. Публичное трудовое право — это иные отношения, непосредственно связанные с трудовыми, — и это в основном административно-правовые отношения.

Детальный анализ этих отношений проведен в трудовой литературе. И там же главным в отграничении трудового права от других отраслей права названо соотношение его с гражданским правом, с одной стороны, и с административным правом, с другой стороны².

Я считаю, что частное трудовое право, регулирующее трудовые отношения, вытекающие из трудового договора, — это и есть трудовое право. Публичное трудовое право, регулирующее иные отношения, непосредственно связанные с трудовыми, — это административное право.

В то же время есть другой вариант решения проблемы. Трудовики говорят о едином трудовом отношении, разделяющемся тем не менее

¹ См.: Таль Л.С. Очерки промышленного права. М., 1916. С. 1–2; Он же. Очерки промышленного рабочего права. М., 1918. С. 2–3.

² См.: Лушикова М.В., Лушиков А.М. Указ. соч. С. 345–410.

на частнопрововые и публично-правовые отношения. В рамках этой отрасли нашли отражение преимущественно модифицированные режимы двух профилирующих отраслей — гражданского и административного права. Тем не менее трудовики пытаются найти отличия единого трудового права от гражданского и административного по предмету, методу, принципам, месту в системе права¹.

Известный русский цивилист и один из первых трудовиков К.М. Варшавский впервые обосновал идею о трудовом праве как замкнутой системе, которая в то же время не является изолированной и взаимодействует не только с гражданским, но и с административным, финансовым и иными отраслями права².

При этом необходимо исходить из утверждения трудовиков, что «трудовое право представляет собой органическое единство частных и публичных начал и «разорвать» его по определению невозможно»³.

Если трудовое право в понимании трудовиков составляет единство частных и публичных начал, то я вполне согласен с ними, что это самостоятельная отрасль права. Однако отрасль права, представляющая собой единство частных и публичных начал, есть не что иное, как комплексная отрасль права. В качестве таковой можно признать трудовое право в широком смысле слова.

Поскольку трудовое право традиционно причисляют к частному праву, важным является вопрос о соотношении трудового права и гражданского права.

В цивилистической литературе неоднократно высказывалось мнение о том, что трудовое право является частью гражданского и что поэтому необходимо включить трудовое право в состав гражданского⁴.

Я тоже относил отношения, вытекающие из трудового договора, к гражданско-правовым исходя из моей концепции, что любой договор, в том числе трудовой, является гражданско-правовым⁵.

¹ См.: Лушникова М.В., Лушников А.М. Указ. соч. С. 385.

² См.: Варшавский К.М. Трудовое право СССР. Л., 1924. С. 7; Он же. Ответственность нанимающихся за причиненный вред // Вопросы труда. 1927. № 2. С. 70.

³ См.: Лушникова М.В., Лушников А.М. Указ. соч. С. 381.

⁴ См., например: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 2-е изд. М.: Статут, 2003. С. 30–32; Брагинский М.И. Договор подряда и подобные ему договоры. М., 1999. С. 238–239; Гражданское право. Т. 1. Учебник. 6-е изд. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: ООО ТК «Велби», 2002. С. 15; Санникова Л.В. Договор найма труда в России. М., 1999.

⁵ См.: Сулейменов М.К. Договор в гражданском праве: проблемы теории и практики // Юрист. 2008. № 9. С. 14–15. См. также одноименный доклад в сб.: Проблемы договорного права и обеспечение договорных обязательств в государствах Кавказа и Центральной Азии. Материалы международной конференции в Университете Бремени 10–11 апреля 2008 г. / Под общ. ред. Рольфа Книпера, Ладо Чантурия, Ганса-Йоахима Шрамма. BMW. Berliner wissenschafts – verlag. 2009. С. 60–61.

Эта концепция напрочь не воспринимается специалистами в области трудового права, что вполне естественно¹.

Я по-прежнему остаюсь при своем мнении, но это предложение *de lege ferenda*. Что касается *de lege lata*, то трудовое право существует отдельно от гражданского, имеет свой Трудовой кодекс и, несомненно, является самостоятельной отраслью права.

Для меня сейчас важно то, что трудовое право (в узком смысле) относится к частному праву, а трудовое право (в широком смысле слова) является комплексной отраслью права.

При такой постановке вопроса приобретает важное значение разграничение трудового и гражданского права.

Можно показать это на примере обязательств из причинения вреда жизни и здоровью работника в связи с исполнением им трудовых обязанностей. Это чисто гражданско-правовое обязательство, что подчеркивается и в п. 1 ст. 164 ТК РК.

Тем не менее проблема разграничения понятия вреда в гражданском и трудовом праве представляет определенные трудности.

Проблема осложняется тем, что в ТК постоянно говорится о причинении вреда в трудовых отношениях.

Например, в ст. 22 ТК закрепляется, что работник имеет право на возмещение вреда, причиненного здоровью в связи с исполнением трудовых обязанностей (подп. 11 ст. 1 ТК), работник обязан возмещать работодателю причиненный вред в пределах, установленных Трудовым кодексом (подп. 7 п. 2 ТК).

В ст. 23 ТК закрепляется, что работодатель имеет право на возмещение вреда, понесенного работником при исполнении трудовых обязанностей (подп. 7 п. 1 ТК), работодатель обязан: страховать гражданско-правовую ответственность за причинение вреда жизни и здоровью работника при исполнении последним трудовых обязанностей (подп. 14 п. 2 ТК), возмещать вред, причиненный жизни и здоровью работника, в соответствии с законодательством РК (подп. 21 п. 2 ТК).

В главе 14 ТК, посвященной материальной ответственности сторон трудового договора, говорится об ответственности сторон трудового договора по возмещению причиненного ущерба (вреда) (ст. 160–169 ТК).

Означает ли это, что стороны трудового договора отвечают друг перед другом по правилам деликта, т.е. внедоговорного вреда, а не по правилам договорной ответственности? Я считаю, что не означает. Здесь необходимо применять те различия, которые существуют между

¹ См., например: Лушикова М.В., Лушиков А.М. Указ. соч. С. 378–386.

отношениями, непосредственно вытекающими из трудового договора, с одной стороны, и отношениями, связанными с трудовыми отношениями, с другой стороны.

Проанализируем с этой точки зрения понятие трудового договора, закрепленное в Трудовом кодексе:

– трудовой договор – письменное соглашение между работником и работодателем, в соответствии с которым работник обязуется лично выполнять определенную работу (трудовую функцию), соблюдать правила трудового распорядка, а работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, предусмотренные настоящим Кодексом, законами и иными нормативными правовыми актами Республики Казахстан, коллективным договором, актами работодателя, своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату (подп. 39 п. 1 ст. 1).

В трудовых отношениях необходимо различать вред, причиненный в результате нарушения договорных обязанностей, и вред внедоговорной, не вытекающий из нарушения договорных обязательств.

Основная договорная обязанность работника – выполнить работу, оговоренную трудовым договором. Основная обязанность работодателя – платить заработную плату. За нарушение выплаты зарплаты работодатель несет ответственность, предусмотренную ст. 162 ТК. За нарушение трудового договора работник несет ответственность, предусмотренную ст. 165–168 ТК.

Помимо ответственности, возникающей в результате нарушения трудовых обязанностей, существует ответственность, возникающая в результате нарушения обязанностей, вытекающих из отношений, связанных с трудовыми отношениями. В нашем случае это гражданско-правовая ответственность за причинение вреда жизни и здоровью работника в связи с исполнением им трудовых обязанностей.

Это внедоговорное обязательство, деликт, причинение вреда жизни и здоровью работника.

Ответственность здесь наступает по правилам деликта. В ГК в главе 47 «Обязательства, возникающие вследствие причинения вреда» есть специальный § 2 «Возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина».

Нарушение трудовых обязанностей работником в главе 47 ГК никак не отражено. Здесь действуют правила главы 14 «Материальная ответственность сторон трудового договора» ТК.

Необходимо различать: 1) нарушение обязательства, вытекающего из трудового договора, неисполнение обязанности трудового договора

(работник причинил вред в процессе работы). Это договорный вред, и здесь применяются правила Трудового кодекса; 2) вред, причиненный работнику (его жизни и здоровью) в связи с исполнением им трудовых обязанностей (подп. «в» п. 1 ст. 7, ст. 90, ст. 164 ТК, ст. 936 ГК) по вине работодателя. В данном случае причинение вреда работнику допущено при исполнении им обязанностей, вытекающих из договора. Но он не нарушил этих обязанностей. Вред, причиненный ему, не связан с нарушением им своих договорных обязанностей. Это внедоговорный вред.

Однако как все же быть с тем обстоятельством, что в трудовом законодательстве все время говорится о причинении вреда сторонами трудового договора?

Мне кажется, что это связано главным образом с неточностью формулировок в трудовом законодательстве. Здесь не очень сильно задумываются о соответствии терминов, используемых в трудовом законодательстве, терминам, используемым в гражданском законодательстве, из недр которого вышло трудовое законодательство.

В то же время определенные попытки сблизить трудовое и гражданское законодательство по вопросу ответственности предпринимаются. Так, если в Законе «О труде» от 10 декабря 1999 г., использовался термин «вред, причиненный сторонами трудового договора» (ст. 89–92), то в новом Трудовом кодексе уже применяется термин «причиненный сторонами трудового договора ущерб (вред)». Причем характерно, что когда имеется в виду материальная ответственность обеих сторон трудового договора (и работника, и работодателя), используется термин «ущерб (вред)» (ст. 160, п. 1 ст. 161, ст. 169 ТК). Но когда говорится отдельно об ответственности работодателя и ответственности работника в случае нарушения ими обязанностей, непосредственно, вытекающих из трудового договора, используется термин «ущерб» (п. 2 ст. 161, ст. 162–167 ТК). Термин «вред» используется только в случае деликта – внедоговорного обязательства, возникающего вследствие причинения вреда жизни и (или) здоровью работника в связи с исполнением им трудовых обязанностей, причем используется со ссылкой на гражданское законодательство РК (ст. 164 ТК).

Справедливости ради следует отметить, что такое разграничение в применении терминов выдерживается в Трудовом кодексе не всегда. В частности, в ст. 22 и 23 ТК термин «вред» применяется не только в случаях причинения вреда жизни и здоровью работника (подп. 11 п. 1 ст. 22, подп. 14 и 21 п. 2 ст. 23 ТК), но и когда речь идет об ответственности за неисполнение работником своих обязанностей, непо-

средственно вытекающих из трудового договора подп. 7 п. 2 ст. 22, подп. 7 п. 1 ст. 23 ТК).

Я отношу это к техническим недоработкам, допущенным при разработке и принятии Трудового кодекса. Когда переработали главу 14 об ответственности, то забыли внести соответствующие исправления в ст. 22 и 23, которые вследствие этого вступили в отношении применяемых терминов в противоречие с главой 14 ТК.

Но, в принципе, такие нестыковки имеет терминологический характер и не влияют на существо отношений. Понятие «вред» применяется в теории гражданского права как одно из оснований гражданско-правовой ответственности (как договорной, так и внедоговорной). Другое дело, что к договорной ответственности применяется в основном термин «убытки», но опять же в теории гражданского права убытки рассматриваются как денежное выражение причиненного вреда или ущерба.

Такое понимание убытков находит подтверждение в ГК. Статья 934 ГК, озаглавленная «Способы возмещения имущественного вреда», закрепляет:

«Удовлетворяя требования о возмещении вреда, суд в соответствии с обстоятельствами дела обязывает лицо, ответственное за вред, полностью возместить причиненные убытки или возместить его в натуре (предоставить вещь того же рода и качества, исправить поврежденную вещь и т.п.)».

Из этого вытекает, что вред может быть возмещен в денежной форме (возмещение убытков) или в натуре. Возмещение убытков и возмещение в натуре — это два способа возмещения вреда.

Норма об убытках помещена в Общей части ГК (п. 4 ст. 9) и применяется не только к договорным, но внедоговорным обязательствам (с учетом особенностей обязательств из причинения вреда, установленных главой 47 ГК). В составе убытков выделяется реальный ущерб, т.е. «убытки» и «ущерб» употребляются как равнозначные. В ГК в ряде случаев используется термин «ущерб» — в основном применительно к обязательствам, возникающим из сделок. К деликтам применяется термин «вред», хотя иногда встречается термин «убытки» (например, ст. 934 ГК).

Интересен подход ГК к понятию морального вреда. Когда речь идет о внедоговорных обязательствах, применяется термин «моральный вред» (ст. 951, 952 ГК). Когда же говорится о нарушении обязательства из сделки, используется термин «моральный ущерб».

В ГК допускаются случаи, когда при наличии договора между сторонами применяется не договорная ответственность, а обязательства из причинения вреда. Но такие случаи являются исключением из

общего правила и должны быть специально оговорены в законе. Едва ли не единственным таким случаем является ответственность за вред, причиненный вследствие недостатков товаров, работ, услуг. В ст. 947 ГК предусмотрено, что «вред», причиненный жизни, здоровью или имуществу гражданина либо имуществу юридического лица вследствие конструктивных, рецептурных или иных недостатков товара (работы, услуги), а также вследствие недостоверной или недостаточной информации о товаре (работе, услуге), подлежит возмещению продавцом или изготовителем (исполнителем) независимо от их вины и от того, состоял потерпевший с ними в договорных отношениях или не состоял.

То есть наличие договорных отношений и договорных обязанностей не принимается во внимание. Это связано с тем, что в основном причинение вреда в данном случае носит внедоговорный характер и попытка как-то разделить договорную и внедоговорную ответственность может повлечь за собой ослабление защиты прав потребителя (потерпевшего).

Следует отметить, кстати, что нормы ст. 936–946 ГК применяются не только в связи с трудовыми отношениями. В ст. 936 говорится о вреде, причиненном жизни и здоровью гражданина при исполнении договорных обязательств, трудовых (служебных) обязанностей, обязанностей воинской службы. Это не означает, что обязательство по возмещению вреда становится договорным, трудовым (служебным) или воинским. Оно продолжает оставаться гражданско-правовым внедоговорным обязательством.

7.4. ЧАСТНОЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО (ПРАВО АЛЬТЕРНАТИВНОГО РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ)

Что такое альтернативное разрешение споров?

В своих прежних работах, обосновывая критерии классификации отраслей частного права, я выделял в составе отраслей частного права арбитражное (третейское) право¹. Это было вполне разумным, так как третейское разбирательство споров является наиболее применяемым и разработанным, и третейское разбирательство освещается как самостоятельный раздел практически во всех учебниках по гражданскому

¹ См., например: Сулейменов М.К. Международное частное право в системе права // Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь проф. Л.Н. Галенской / Под ред. С.В. Бахина. СПб.: Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та., Изд-во юрид. фак-та С.-Петербур. гос. ун-та, 2007. С. 361; Он же. Арбитраж в Казахстане: вопросы теории и практики // Юрист. 2010. № 1.

процессу¹. Об остальных способах альтернативного разрешения споров (далее — АРС) было известно очень мало².

Альтернативные процедуры как средство урегулирования внешнеэкономического спора можно определить как внесудебную форму защиты права. При возникновении различного рода споров неразумно сразу же восстанавливать против себя оппонента, рекомендуется предъявить претензию и обосновать свои требования, при этом следует учесть, что сами стороны в силах разрешить спор без обращения в национальный суд. Этот путь и будет фактически **альтернативным разрешением споров** (далее АРС). Включение в понятие АРС слова «альтернативный» приводит к некоторым разногласиям в понимании АРС. Некоторыми учеными она рассматривается в смысле альтернативной национальным (государственным) судам. Другие из АРС вычлениют разбирательство в арбитражных (третейских) судах, и эти процедуры ставят в альтернативу как государственным, так и арбитражным (третейским) судам.

До относительно недавнего времени традиционным было представление об АРС как о частной системе, возникшей в противовес публичному порядку разрешения споров. Поэтому к альтернативным относились все несудебные процедуры, в том числе и арбитраж. Арбитраж стал одним из наиболее распространенных органов для урегулирования конфликтов, особенно в коммерческой сфере. Но в отличие от иных альтернативных средств, его решение является обязательным и подлежит принудительному исполнению так же, как решение государственного суда. В чем же отличие арбитража от других способов АРС?

— арбитраж (производство в третейских судах) детально регламентирован постоянно действующими арбитражными (третейскими) судами. Регламенты этих институциональных судов в определенной степени однотипны и весьма сильно напоминают Арбитражный регламент

¹ См., например: Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.С. Шакарян. М.: Юрид. лит., 1993. С. 527—538; Гражданский процесс: Учебник для вузов / Отв. ред. проф. Ю.К. Осипов М.: БЕК, 1995. С. 456—460; Гражданский процесс: Учебник / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М.: Проспект, 1998. С. 421—430; Гражданский процесс: Учебник для вузов / Под ред. М.К. Треушникова. 2-е изд. М.: Изд. Спарк., Юрид. бюро «Городец», 1998. С. 501—523; *Коришунов Н.М., Мареев Ю.Л.* Гражданский процесс: Учебник для вузов. М.: Норма, 2006. С. 809—846; Арбитражный процесс: Учебник для вузов / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Изд. БЕК, 1993. С. 239—259.

² Хотя я об этом писал и раньше. См., например: *Сулейменов М.К., Куанышев Б.Г.* Альтернативные процедуры рассмотрения споров // Международный коммерческий арбитраж. Сб. статей и документов (рус. и англ. яз.) / Отв. ред. И.П. Грешников. Алматы: Юрид. центр IUS, 2002. С. 140—152; См. также: *Сулейменов М.К.* Арбитражные (третейские) суды в Казахстане: прошлое, настоящее, будущее. Алматы: Каз. межд. арбитраж, НИИ частного права. 2007. С. 50—59.

ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL) 1976 г., хотя и разработанный для так называемых изолированных арбитражей *ad hoc*, но используемый в качестве образца для разработки новых регламентов институциональных арбитражей;

— при производстве в арбитражном (третейском) суде заранее определены конкретные процедуры, регламентирован весь процесс разбирательства (к примеру, подача заявления, выбор арбитра, принятие заявления и другие процедуры);

— исполнение решений арбитражных (третейских) судов обеспечено национальным законодательством и рядом конвенций (Женевский протокол 1923 г., Женевская конвенция 1927 г., Нью-Йоркская конвенция 1958 г. и др.).

Правовая природа арбитражного решения предопределила новую точку зрения, в соответствии с которой арбитраж не относится к АРС. Отсюда термин «альтернативные» противопоставляется как судебному, так и арбитражному разбирательству и охватывает только консенсуальные процедуры.

Другая оценка термина «альтернативные» заключается в том, что это понятие включает такие механизмы урегулирования спора, которые могут применяться отдельно либо в разнообразных комбинациях (например, переговоры — посредничество; посредничество — арбитраж и т.п.). Альтернатива в таком случае означает выбор возможных вариантов среди несудебных средств, а не выбор между этими средствами и судебным разбирательством.

Американские юристы, как указывает Г.К. Дмитриева в своем учебно-практическом пособии «Международный коммерческий арбитраж», в настоящее время насчитывают около двадцати различных процедур урегулирования споров. Общепринятым является деление АРС на три основных вида¹:

1) переговоры (*negotiation*) — урегулирование спора непосредственно сторонами без участия иных лиц;

2) посредничество (*mediation*) — урегулирование спора с помощью независимого нейтрального посредника, который способствует достижению сторонами соглашения;

3) арбитраж (*arbitration*) — разрешение спора с помощью независимого нейтрального лица — арбитра, который выносит обязательное для сторон решение.

Как видно, критериями для такого деления служит участие в урегулировании разногласий третьего лица и его полномочия. Элементы этих трех основных видов комбинируются в многообразные вари-

¹ Дмитриева Г.К. Международный коммерческий арбитраж. М.: Проспект, 1997.

анты. Так, переговоры почти всегда являются частью любой другой процедуры.

Распространенной стала форма «посредничество – арбитраж» (medarb), означающая урегулирование спора с помощью посредника-арбитра, который в случае недостижения сторонами соглашения уполномочен разрешить спор в порядке арбитража. Для коммерческих споров широко применяется «мини-разбирательство» (mini-trial). Оно получило название от внешнего сходства с судебной процедурой и представляет собой урегулирование спора с участием руководителей корпораций, юристов и третьего независимого лица, возглавляющего слушание дела.

В настоящее же время, как считают Марк Хьюлитт-Джеймс и Николас Гоулд в практическом пособии «Международный коммерческий арбитраж», сложившаяся практика исключает разбирательство из рамок APC. Это происходит по следующим причинам:

- недавняя популярность APC является результатом озабоченности продолжительностью и стоимостью как судебного, так и арбитражного разбирательства, в частности, в тех спорах, где существует много фактических вопросов, которые должны быть разрешены (в таких, как споры, связанные со строительством);

- процедуры APC не предназначены для обязательного определения прав и обязанностей сторон, для этого существуют судебный или арбитражный процессы. Процедуры APC требуют от сторон активного сотрудничества (часто, но не всегда, в разрешении спора помогает третья сторона, такая как посредник) с целью достичь мирового соглашения, урегулирования возникшего спора. Мировое соглашение сторон о разрешении спора не является неизбежным результатом процедуры APC, и процесс прекратится, как только одна из сторон перестанет сотрудничать. Ни одна из сторон, принимающих участие в подобного рода процедуре, не может быть принуждена заключить мировое соглашение о разрешении спора;

- APC часто происходит одновременно с арбитражным или судебным процессом (иногда именуемом в процессе как «дополнительное разрешение спора»). Когда существует такое положение дел, арбитражный или судебный процесс может, но не должен обязательно быть отложен, пока не завершится процедура APC;

- в отличие от судебного или арбитражного процесса APC не является изолированным процессом. Если в результате APC не удастся прийти к мировому соглашению о разрешении спора, то стороны должны прибегнуть к арбитражному или судебному разбирательству для разрешения спора. Это имеет важное значение в международном контексте. Если только стороны не согласились на суд, который бу-

дет рассматривать спор (будь это суды конкретной страны или арбитражный суд), одна из сторон может посчитать, что ее принуждают разрешить спор в суде, который она находит для себя нежелательным¹.

Процедуры АРС могут выступать в различных формах. Это происходит потому, что они обычно предназначены для того, чтобы принять во внимание конкретные обстоятельства рассматриваемого спора. Наиболее часто встречаемыми формами АРС являются:

— посредничество: для многих юристов слова «посредничество» и «примирение» являются синонимами. В посредничестве посредник, который назначается по соглашению между сторонами, стремится помочь сторонам вести переговоры в споре по достижению мирового соглашения. Он может это делать путем обсуждения спорных вопросов отдельно с каждой стороной, делая акцент на сильные и слабые стороны дела, тем самым стремясь продвигать вперед процесс переговоров. Если стороны желают, это может произойти на совместных сессиях или может быть комбинацией отдельных и совместных сессий;

— примирение: этот процесс очень похож на посредничество, но имеет одно отличие: примиритель решает, что могло быть правильным для справедливого разрешения спора. Это решение будет представлено сторонам в качестве рекомендации, которая может быть принята ими или может послужить основой для последующих переговоров между ними. Рекомендация не является обязательной для сторон;

— мини-суд: в нем участвуют представители сторон, которые излагают суть дела своей стороны жюри, состоящему обычно из старшего исполнителя от каждой стороны, имеющему полномочия обязать сторону, которую он представляет, заключить мировое соглашение, и иногда нейтрального председателя. Представление сути дела осуществляется в течение строго ограниченного периода времени (часто по утрам или после обеда). Целью этой процедуры является представление исполнителям краткого обзора того, что обе стороны рассматривают как самую важную часть их сути дела и что они считают слабой стороной сути дела их оппонентов. (Слабость сути дела какой-либо стороны может быть предварительно сокрыта от старших исполнителей сотрудниками, желающими защитить свои позиции, или может быть сокрыта их подчиненными.) Вследствие этого старшие исполнители смогут сформировать свои точки зрения по существу спора, отделить их от эмоций, пока участвуют в разрешении спора, а также продолжать переговоры по мировому разрешению спора на их основе;

¹ *Хьюитт-Джеймс Марк, Гоулд Николас*. Международный коммерческий арбитраж: Практик. пособие / Пер. с англ. яз. и науч. ред. В.А. Смирнова. Алматы: Аян Адет, 1999. С. 7–9.

— необязательный арбитраж или заключение экспертизы: стороны могут назначить нейтрального человека (необязательно строго «арбитра») осуществить экспертное обоснование по конкретному спорному вопросу или вопросам или сделать заключение на основе очень ограниченного количества доказательств. Это может иметь практическую значимость, если основной спорный вопрос между сторонами технического порядка. Заключение эксперта не носит обязательного характера для сторон. Так же, как и в случае с рекомендацией примирителя, стороны могут принять заключение эксперта или использовать его в качестве основы для последующих переговоров. Там, где экспертное заключение относится к отдельным вопросам спора, это может послужить платформой, на основе которой можно вести переговоры по разрешению всего спора.

Я привел подробно мнение Марка Хьюлитта-Джеймса и Николаса Гоулда как одно из распространенных мнений в западной литературе.

Существуют и иные классификации разновидностей APC. Что же касается конкретно концепции Марка Хьюлитта-Джеймса и Николаса Гоулда, то ее недостатком является, на мой взгляд, отсутствие в составе APC таких важных процедур, как переговоры и арбитраж. Практически все эти способы свелись к медиации, что нельзя признать правильным. Нельзя по внешне совпадающим признакам объединять в единое целое арбитраж и государственный суд, которые являются принципиально разными институтами (один частный, другой — публичный).

Можно сформулировать следующее определение альтернативного разрешения спора. APC — совокупность средств и методов, применяемых сторонами для достижения соглашения, при необходимости с привлечением третьего независимого лица, суждения которого по поводу спора являются или рекомендательными, или обязательными.

Подготовка Закона «О медиации» заставила меня задуматься над местом норм о медиации в системе права, о соотношении способов APC между собой и правовых норм об APC с отраслями частного права и процессуального права.

Для решения этого вопроса необходимо рассмотреть два вопроса: во-первых, соотношение правовых норм об APC и процессуального права; и, во-вторых, место норм об APC в системе публичного и частного права.

Место правовых норм об APC в системе права

Правовые нормы об APC представляют собой сложившуюся систему правовых норм, претендующую на признание ее самостоятельной отраслью права. Если признать эту отрасль процессуальной отраслью

права, то она будет связана прежде всего с гражданским процессуальным правом.

Эту проблему я исследовал применительно к международному частному праву. Я установил, что международный гражданский процесс (МГП) относится к публичному праву в отличие от международного частного права (МЧП), которое относится к частному праву. Международное гражданское процессуальное право является составной частью (институтом) гражданского процессуального права. Другим институтом выступает национальное гражданское процессуальное право.

Другое дело — международное арбитражное право.

Арбитражное (третейское) право является частноправовым способом защиты гражданских прав, лежит в сфере частного права и не может быть включено в гражданский процесс, хотя почти во всех учебниках по гражданскому процессу третейское разбирательство автоматически включают в состав гражданского процесса.

Арбитражное право представляет собой институт самостоятельной отрасли права РК — права APC. Национальное третейское право является институтом национального права APC. Международное арбитражное право является институтом международного права APC, которое, в свою очередь, входит как институт в международное частное право, являющееся комплексной отраслью частного права¹.

Арбитражное право, вне всякого сомнения, относится к системе процессуального права. Сложнее дело обстоит с другими способами APC (переговоры, посредничество). Процессуальный характер правоотношений здесь проявляется не так ярко.

Выход здесь заключается в установлении общей процессуальной цели и государственного процесса и способов APC, которые направлены на разрешение споров и урегулирование правовых конфликтов. Процессуальное право носит обслуживающий характер по отношению к материальному праву и имеет общую процессуальную направленность (цель), связанную, как пишет Г.В. Севастьянов, со снятием правовой неопределенности и установлением (определением) гражданских прав². Эта характеристика одинаково применима и к публичному процессу, и к способам APC. Называются еще и другие факторы, позволяющие говорить о процессуальной природе способов APC: участие лиц, способствующих сторонам в разрешении спора; стадийность (протяженность во времени); формализованность (на

¹ Подробнее см.: § 7.5 настоящей работы.

² См.: *Севастьянов Г.В.* Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учеб.-метод. мат-лы и практ. рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО Ред. журнала «Третейский суд». 2009. С. 116.

уровне согласованной сторонами процедуры APC); близость отдельных принципов APC и принципов судопроизводства; использование общих процессуальных методов, иногда общих категорий и пр.¹

Таким образом, есть все основания отнести APC к процессуальному праву.

Что же касается определения места права APC в системе «публичное — частное», то не вызывает сомнения принадлежность этого права к системе частного права.

Методом правового регулирования APC, несомненно, является метод равенства сторон. Стороны полностью свободны в выборе способов APC, лиц, разрешающих споры между ними, процедуры разбирательства.

Способы APC являются институтом саморегулирования гражданского общества, частноправовыми способами решения субъектами гражданского оборота своих проблем, в том числе заключения соглашения о внесудебном разрешении конфликтов и споров или самостоятельно (negotiation), или с помощью посредника (mediation) либо третейского судьи (arbitration).

Из того факта, что способы APC относятся к частноправовой сфере, вытекают и другие отличия APC от публичного судопроизводства. Эти критерии были определены Г.В. Севастьяновым, поэтому я воспользуюсь этими разработками.

Характерными признаками способов APC являются:

1) отсутствие единой процессуальной формы, установленной законом для избранного сторонами способа APC;

2) обязательное наличие спора о праве или конфликта законных интересов сторон;

3) разрешение споров и урегулирование правовых конфликтов, по общему правилу, в частной сфере, т.е. в той сфере, где присутствие государственных органов должно быть минимальным;

4) добровольность исполнения сторонами актов применения способов APC (решений третейских судов и соглашений об урегулировании споров и пр.);

5) отсутствие по общему правилу в рамках APC возможности принудительного исполнения (для этого необходимо обращение в компетентные органы государства).

Таким образом, способы APC являются самостоятельным образованием и в рамках системы процессуального права, и в рамках системы

¹ См.: *Севастьянов Г.В.* Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учеб.-метод. мат.-лы и практ. рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО Ред. журнала «Третейский суд». 2009. С. 116.

«публичное — частное» право. Это позволяет говорить о формировании в системе права новой отрасли права, связанной с регулированием отношений в сфере APC.

Как назвать данную отрасль?

Напрашивается название — «право альтернативного разрешения споров» (право APC). Однако Г.В. Севастьянов предлагает новое название — частное процессуальное право (ЧПП)¹.

Мне кажется, можно принять это название — частное процессуальное право. Это позволит сразу определить место нахождения способов APC в системе процессуального права. Противостоит частному процессуальному праву гражданское процессуальное право как публичное право. Следовательно, это название сразу определит место APC в системе «публичное — частное» право.

В то же время следует сохранить и название «право альтернативного разрешения споров» — «право APC».

Переходя к определению ЧПП (права APC), я хотел бы сначала привести единственное существующее в литературе определение, данное Г.В. Севастьяновым: «Частное процессуальное право», или «право альтернативного разрешения споров» в целом можно определить как систему правовых норм, регулирующих правоотношения в области альтернативного разрешения споров, складывающиеся между сторонами спора (конфликта) либо сторонами и лицом (лицами), разрешающим спор и (или) содействующим урегулированию конфликта в целях достижения необходимого правового результата (снятия правовой неопределенности и установления субъективных прав и обязанностей сторон)¹.

Определение в целом точное, но громоздкое. В частности, очень неопределенным выглядит включение понятия «снятие правовой неопределенности». Я думаю, можно обойтись и без этого.

Я предлагаю свое определение. Частное процессуальное право (право альтернативного разрешения споров) представляет собой самостоятельную отрасль частного права, регулируемую методом юридического равенства общественные отношения по внесудебному разрешению споров и урегулированию правовых конфликтов на началах

¹ См.: Севастьянов Г.В. Теоретические основы APC: концепция частного процессуального права. С. 119; См. также: *Он же*. Альтернативное разрешение споров — частное процессуальное право // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2007. № 6. С. 385—419; О повышении доверия к способам альтернативного разрешения споров и роли концепции частного процессуального права // Развитие процессуального законодательства: к пятилетию действия АПК РФ, ГПК РФ и Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» / Под ред. Е.И. Носыревой. Воронеж, 2008. С. 490—512.

саморегулирования или самостоятельно, или с помощью посредника либо третейского судьи.

Если говорить о процессуальных отраслях в целом, то предлагается их первичное деление на публичное процессуальное право и частное процессуальное право (право альтернативного разрешения споров), а потом уже публичное процессуальное право делить на гражданское процессуальное право и уголовное процессуальное право (при желании сюда можно добавить арбитражное процессуальное право, административное процессуальное или конституционное процессуальное право).

Институты частного процессуального права

ЧПП (право APC) состоит из трех основных институтов: переговоры (negotiation), посредничество (mediation), третейское (арбитражное) разбирательство (arbitration). Все остальные многочисленные виды APC можно, на мой взгляд, распределить по этим трем основным способам APC и соответственно нормы о них по соответствующим трем правовым институтам.

Переговоры как институт частного предпринимательского права

Среди альтернативных средств важное место занимают переговоры. С их помощью разрешается основная масса гражданско-правовых споров, в том числе и коммерческих. Следует отметить, что и отечественные предприниматели все чаще стремятся использовать примирительные процедуры. Так, обычной для наших контрактов стала оговорка о том, что в случае возникновения разногласий стороны пытаются урегулировать их путем переговоров. Однако чаще всего данная оговорка носит формальный характер. Реально ни сами участники спора, ни их представители — юристы не готовы к квалифицированному ведению переговоров. По традиции при возникновении спора они обращаются за защитой к правосудию, которое обходится намного дороже с точки зрения времени, денег, эмоционального напряжения.

Однако в некоторых случаях законодательство прямо предусматривает применение переговоров для разрешения разногласий между сторонами. Так, согласно ст. 9 Закона РК от 8 января 2003 г. «Об инвестициях» инвестиционные споры могут быть решены путем переговоров, в том числе с привлечением экспертов, либо в соответствии с ранее согласованной сторонами процедурой разрешения споров. В данном случае переговоры играют роль досудебной процедуры, однако при желании сторон они могут оказаться последней стадией разрешения спора в случае достижения взаимно выгодного результата.

В мировой практике значимость переговоров по урегулированию споров определяется существованием целой теории, которая посто-

янно разрабатывается и исследуется юристами. Представляется, что этот опыт может быть полезен для развития примирительных процедур в казахстанской правовой системе, и особенно при разрешении споров, касающихся внешнеэкономической деятельности.

В научной литературе переговоры, имеющие целью разрешение спора, получили название юридических, во-первых, в силу правовой природы подлежащих урегулированию конфликтов и, во-вторых, в силу того, что они ведутся, как правило, от имени сторон юристами. Юридические переговоры по урегулированию коммерческих споров принято отличать от переговоров по заключению сделок. Хотя в основе тех и других лежит общая теория, юридические переговоры связаны в большей степени с негативными чувствами и эмоциями, поскольку стороны находятся в состоянии конфликта. Это обуславливает необходимость особого подхода, специальных знаний и определенного опыта. Большое внимание таким переговорам уделяет юридическая конфликтология.

В западной концепции альтернативного разрешения споров переговоры исследуются в двух аспектах: как самостоятельное средство урегулирования споров и как неотъемлемый элемент любой альтернативной несудебной процедуры (например, арбитража, посредничества, мини-разбирательства и др.). Основное отличие заключается в том, что в первом случае переговоры ведутся непосредственно сторонами (их представителями), во втором — обязательно с участием третьего независимого лица, именуемого арбитром, посредником или председательствующим. С одной стороны, такое разграничение имеет важную практическую ценность, так как позволяет правильно определить роль участников в ведении переговоров, с другой — основополагающее значение имеет теория непосредственных переговоров. Она является универсальной и может быть применена в любой другой процедуре по урегулированию разногласий. Именно поэтому больший интерес представляют переговоры в качестве отдельной альтернативной формы. Данная форма определяется как консенсуальная процедура, в которой участники пытаются достичь соглашения полностью или в части по существующим между ними разногласиям. Она не является обязательной и применяется только на основе добровольного волеизъявления сторон¹.

В случае возникновения коммерческого спора, т.е. спора с участием компаний или предпринимателей, переговоры традиционно являются первым шагом по его урегулированию. При этом не имеет значения,

¹ Носырева Е. Переговоры как средство урегулирования коммерческих споров: опыт США // Хозяйство и право. 1999. № 5. С. 123.

была ли оговорка о переговорах предусмотрена в контракте. Иногда такая оговорка вообще рассматривается как излишняя. Однако западные юристы все-таки рекомендуют своим клиентам ее использовать. Заранее предусмотренная в договоре возможность переговоров имеет важные позитивные последствия:

- позволяет избежать возникновения в будущем некоторых споров;
- определяет первую стадию для разрешения тех споров, которые не могут быть предотвращены;
- психологически настраивает стороны на решение проблем, а не на их обострение; поощряет изучение этой процедуры в целом.

Переговоры по урегулированию коммерческого спора могут иметь место сразу после его возникновения или через определенное время. На начало переговоров значительное влияние оказывает возможность обращения заинтересованной стороны с иском в суд. Причем реализация этой возможности стимулирует противоположную сторону как можно скорее приступить к переговорам.

Посредничество как институт частного предпринимательского права

В структуре АРС посредничество занимает промежуточное положение между переговорами и примирением. Абстрагируясь, можно представить эти три формы АРС как ступени, где переговоры представляют собой первую ступень, посредничество — вторую, а арбитраж — третью.

В чем заключается деятельность посредника:

- 1) получение информации о деле — определение возможности разрешения спора путем посредничества;
- 2) объяснение сторонам процесса посредничества — определение готовности сторон к применению посредничества для разрешения спора;
- 3) помощь сторонам в обмене информацией и в ведении переговоров;
- 4) помощь сторонам в определении и достижении соглашения.

При этом посредник должен учитывать определенные моменты — не затягивает ли умышленно одна из сторон разрешение спора; не затронуты ли в споре интересы какого-либо третьего лица; не является ли процесс посредничества орудием для достижения соглашения, когда противоположная сторона в силу определенных причин — незнание норм права, нехватка информации о деле — не имеет возможности заключить адекватное своему положению соглашение. Если посредник усмотрит такие моменты, он обязан проследить, чтобы в процессе посредничества не происходило ущемление чьих-либо прав, свобод и законных интересов. В противном случае на него возлагается обязанность прекратить процесс посредничества.

Посредничество (медиация) получило наибольшее развитие в США.

В США регулятором посредничества являются стандарты поведения посредников (MSCM), которые были разработаны в период с 1992 по 1994 г. совместной комиссией, состоящей из двух делегатов от Американской Арбитражной Ассоциации, двух — от Американской Ассоциации Адвокатов и двух — от Профессионального Общества Разрешения Споров. Эти стандарты были одобрены перечисленными организациями.

Посредники согласно этим стандартам должны подчиняться определенным правилам, которые основаны на том, что посредник обязан привести стороны к обоюдному соглашению.

На основе этого и построены правила поведения для американских посредников:

1) посредничество должно быть основано на определении сторонами своей позиции. Достижение согласия возможно при условии, что права и интересы ни одной из сторон не будут ущемлены;

2) посредник должен быть объективным в процессе посредничества и «равноудаленным» от каждой из сторон. Если это окажется невозможным, он должен отказаться от участия в данном деле;

3) посредник должен обладать необходимой квалификацией;

4) посредник должен соблюдать конфиденциальность в отношении всего того, что стороны определили как тайну. Доверенная сторонами информация не должна быть передана посредником какому-либо лицу;

5) посредник должен вступить в дело только в случае, если он сможет провести процесс в оптимальные сроки и достаточно эффективно. Посредник должен воздерживаться от дачи каких-либо конкретных обещаний или гарантий исхода процесса, желательного для той или иной стороны;

6) информация, предоставляемая посредником относительно его образования, квалификации и опыта, должна быть правдива;

7) посредник должен разъяснить сторонам систему оплаты своей работы, с учетом характера и сложности дела, затраченного времени и других факторов.

Аналогичные принципы закреплены в Европейском кодексе поведения медиаторов. Европейский кодекс (European Code of Conduct for Mediators) разработан инициативной группой практикующих медиаторов (посредников), представляющих более 30 европейских организаций, имеющих дело с альтернативными способами разрешения споров, при поддержке Европейской комиссии и принят на конференции в Брюсселе 2 июля 2004 г.

Учитывая нормы стандартов поведения посредников, принятые в США и Европе, можно было бы их воспринять, переработать с учетом казахстанского менталитета как Правила профессиональной этики посредников (по аналогии с Правилами профессиональной этики адвокатов), поскольку, как нам представляется, адвокат по своей функции представителя сторон в гражданском процессе оказывается наиболее приближенным к сути деятельности посредника. Именно благодаря адвокатам разрешение гражданского дела порой заканчивается мировым соглашением, утвержденным судом.

Институт медиации начинает получать законодательное закрепление. В 2001 г. в США был принят единый закон о медиации, который согласовал множество законов, изданных в отдельных штатах (примерно 2500 нормативных актов, так или иначе связанных с медиацией)¹. Еще в 1995 г. Аргентина приняла Закон «О медиации и соглашениях», в соответствии с которым установлена обязательность процедуры медиации по большинству исков², в Австрии с 1 января 2005 г. действует новый Закон «О посредничестве по гражданским делам»³.

Из стран СНГ Закон «О медиации» принят в Молдове (Закон «О медиации» Республики Молдовы от 14 июня 2007 г.) и в России (Федеральный закон от 27 июля 2010 г. «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедура медиации)»).

Признанием необходимости развития медиации, унификации ее правового регулирования стало принятие Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в 2002 г. Типового закона «О международной коммерческой согласительной процедуре»⁴.

В последние годы активное распространение получают идеи применения медиации в уголовном и гражданском процессе.

В уголовном процессе медиация рассматривается как примирение жертвы преступления и правосудия и получила большое распространение на Западе как «восстановительное» правосудие в основном для несовершеннолетних правонарушителей⁵.

¹ См.: *Ракитина Л.Н., Львова О.А.* Медиация (посредничество): как урегулировать спор, не обращаясь в суд. М.: Экспо, 2008. С. 13.

² См.: Альтернативные модели медиации: опыт Аргентины // Материалы семинара «Развитие альтернативных форм разрешения правовых конфликтов» (12–14 мая 1999 г.). Саратов, 1999. С. 221.

³ См.: *Подольская Н., Михальченко В.* Новый Федеральный закон Австрии «О посредничестве по гражданским делам» // Третейский суд. 2004. № 4. С. 33–44.

⁴ Текст Закона на русс. яз. см.: Третейский суд. 2003. № 1. С. 127–138; № 2. С. 131–140; № 3. С. 133–139.

⁵ См.: *Гета М.Р., Рахимбердин К.Х., Кусе Р.* Модель службы пробации в Казахстане и других государствах Центральной Азии. Алматы: Киик, 2006; Восстановительное

В гражданском процессе медиацию рассматривают как примирительные процедуры между сторонами и сводят в основном к мировому соглашению.

О мировом соглашении в Гражданско-процессуальном кодексе РК говорится достаточно скромно. Оно регулируется в ст. 193 ГПК (об утверждении мирового соглашения суд выносит определение, которым одновременно прекращает производство по делу) и в ст. 247 ГПК (мировое соглашение как основание прекращения производства по делу), хотя упоминается мировое соглашение в ряде статей ГПК (ст. 49, 53, 55, 56, 61, 106, 153, 192, 240, 342).

Более разработанной является процедура мирового соглашения в арбитражном (третейском) законодательстве.

В ст. 27 Закона РК от 28 декабря 2004 г. «О международном коммерческом арбитраже» закрепляется:

«1. Если стороны урегулируют спор в ходе арбитражного разбирательства, арбитраж прекращает разбирательство и по просьбе сторон фиксирует это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях.

2. Арбитражное решение на согласованных условиях должно быть вынесено в соответствии с положениями статьи 28 настоящего Закона (форма и содержание арбитражного решения). Такое арбитражное решение подлежит исполнению так же, как и любое другое арбитражное решение по существу спора».

Аналогичная норма закреплена в Законе РК от 28 декабря 2004 г. «О третейских судах» (п. 3 ст. 34):

«Если в ходе третейского разбирательства стороны урегулируют спор путем заключения мирового соглашения, которое не будет противоречить законодательству Республики Казахстан и не будет нарушать права и законные интересы других лиц, третейский суд прекращает разбирательство, по просьбе сторон и при отсутствии возроджений с его стороны фиксирует это урегулирование в виде решения третейского суда на согласованных условиях.

Решение третейского суда на согласованных условиях выносится в соответствии с положениями статьи 35 настоящего Закона (форма и содержание решения третейского суда) и содержит указание на то, что оно является решением третейского суда. Это решение третейского суда имеет такой же статус и действие, как и любое решение третейского суда по существу спора».

Практически не уделяется внимания мировому соглашению и в литературе. В лучшем случае оно упоминается как основание прекращения производства по делу¹.

В России дело обстоит лучше, хотя в учебниках по гражданскому и арбитражному процессу России мировое соглашение тоже обычно лишь упоминается как основание прекращения производства по делу. Тем не менее эта тема начинает обсуждаться и в учебной, и в научной литературе, есть диссертации на эту тему² и научные работы, хотя их не очень много³, в основном это научно-практические статьи⁴.

В науке и на практике мировое соглашение оценивается одинаково. Оно рассматривается как средство защиты прав, двух(много)сторонняя сделка (договор), добровольный отказ от публичной процедуры — судебного процесса или исполнительный процедуры, юридический факт гражданского права — сделка как результат примирительной процедуры⁵.

Но нигде мировое соглашение не рассматривается ни как примирительная процедура, ни тем более как медиация.

Насколько правильно употребление термина «примирительные процедуры (медиация)» и рассмотрение мирового соглашения в контексте альтернативного разрешения споров? Чтобы ответить на этот вопрос, необходимо определить соотношение понятий: «мировое соглашение», «примирительные процедуры», «медиация». Мне кажется,

¹ См.: *Баймолдина З.Х.* Гражданское процессуальное право Республики Казахстан. В 2 т. Т. 2. Особенная часть (Темы 16—30): Учебник. Алматы: КазГЮА, 2001. С. 80.

² См.: *Зинченко А.И.* Мировые соглашения в гражданском судопроизводстве: Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1981; *Давыденко Д.Л.* Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых вопросов (по праву России и некоторых зарубежных стран): Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 17, 18; *Пилехина Е.В.* Мировое соглашение в практике арбитражного суда и суда общей юрисдикции: Дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2001.

³ См.: *Рожкова М.А.* Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. М.: Статут, 2005.

⁴ См., например: *Рясенцев В.* Мировые сделки (соглашения) // Социалистическая законность. 1984. № 12; *Луишар Е.* Мировое соглашение в судебной практике // Советская юстиция. 1973. № 10; *Пятилов И.М.* Мировое соглашение как способ разрешения спора о праве без вынесения судебного решения // Актуальные проблемы защиты субъективных прав граждан и организаций: Сб. науч. трудов. М.: ВЮЗИ, 1985; *Грось Л.А.* Мировое соглашение в гражданском судопроизводстве // Российская юстиция. 1996. № 12; *Моисеев С.* Мировое соглашение в арбитражном производстве // Российская юстиция. 1999. № 10; *Сердюкова Н.В., Князев Д.В.* Мировое соглашение в практике арбитражных судов // Арбитражная практика. 2003. № 4; *Носырева Е.И.* Примирительные процедуры и международный коммерческий арбитраж // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. статей к 75-летию Международн. комм. арб. суда при Торгово-промышленной палате РФ / Под ред. А.С. Комарова. МКАС при ТПП РФ. М.: Статут, 2007. С. 300—317.

⁵ См.: *Рожкова М.А.* Указ. соч. С. 105—106, 111.

нельзя мировое соглашение и примирительные процедуры отождествлять с медиацией. Связь между ними, безусловно, есть, но все-таки это разные понятия.

На мой взгляд, мировое соглашение — это не медиация и не примирительная процедура. Это результат самых разных процедур.

«Примирительная процедура есть процесс, который при благополучном раскладе (урегулировании спора) завершается мировой сделкой»¹.

Мировое соглашение может быть заключено в результате переговоров. Значит, мы имеем такой вид APC, как переговоры (negotiation). Мировое соглашение может быть результатом примирительных процедур, которые в соответствии с ГПК обязан будет провести суд. Тогда мы имеем такой вид APC, как примирение. Судья или сами стороны могут привлечь для достижения мирового соглашения медиатора. Тогда будет такой вид APC, как посредничество (mediation).

При подготовке законодательных предложений необходимо, во-первых, отделить примирительные процедуры от мирового соглашения, которое может быть результатом не только примирительных процедур, но и переговоров, и медиации. Во-вторых, необходимо различать примирение с помощью суда и медиацию, которые тесно связаны, но все же различны.

Методы альтернативного разрешения споров, в число которых входит медиация, сегодня являются составной частью набора услуг по разрешению споров, предлагаемых ведущими арбитражными учреждениями во всем мире. Многие из них имеют собственные регламенты посреднических процедур.

В качестве примера того, как решаются вопросы посредничества в арбитражных (третейских) судах, можно привести Регламент посреднического разбирательства Казахстанского Международного Арбитража (КМА), утвержденный решением учредителей КМА 5 января 2005 г.² В соответствии с Регламентом:

«... до передачи дела для разбирательства в арбитражном (третейском) суде стороны могут рассмотреть спор в порядке посреднического разбирательства. При посредническом разбирательстве посредник (медиатор) предлагает сторонам варианты взаимовыгодного разрешения

¹ См.: Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. Договорное право: соглашение о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашение / Под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008. С. 405.

² См.: Сулейменов М.К. Арбитражные (третейские) суды в Казахстане: прошлое, настоящее, будущее. Алматы: Казахстанский Международный Арбитраж, НИИ частного права, 2007. С. 410–416 (на русс. яз.), С. 416–421 (на англ. яз.).

спора, но не выносит обязательного для сторон решения. Посредническое разбирательство осуществляется в соответствии с Регламентом посреднического разбирательства КМА».

Если стороны желают применить посредническое разбирательство в качестве части процедуры урегулирования спора по заключенному между ними контракту (договору), они могут включить в (контракт) договор следующую оговорку о посредническом разбирательстве:

«...в случае возникновения спора из данного договора или в связи с ним такой спор не может быть решен путем переговоров, стороны передают спор для урегулирования в порядке посреднического разбирательства в соответствии с Регламентом посреднического разбирательства Казахстанского Международного Арбитража перед обращением для разрешения спора в компетентный суд, арбитражный (третейский) суд либо в ином порядке».

Стороны могут пожелать добавить к данной оговорке следующие положения:

- количество медиаторов будет включать N медиаторов (единоличного медиатора);
- место проведения посреднического разбирательства;
- язык посреднического разбирательства;
- посредническое разбирательство должно быть завершено в течение N дней после выбора сторонами медиатора.

Сторона, желающая инициировать процедуру посреднического разбирательства, должна направить в Секретариат КМА (Секретариат) письменный запрос о начале посреднического разбирательства.

Кандидатура медиатора выбирается сторонами из списка арбитров КМА. Медиатором может быть назначено лицо, не входящее в список арбитров КМА, которое соответствует требованиям, предусмотренным статьей 3 Регламента.

Если стороны не договорились об ином, посредническое разбирательство осуществляется единоличным медиатором.

Если стороны в течение 14 дней с момента подачи запроса о посредническом разбирательстве не договорились о кандидатуре медиатора, либо если назначенные сторонами медиаторы не выбрали третьего медиатора, который будет являться председательствующим медиатором, медиатор или председательствующий медиатор назначаются председателем КМА с учетом пожеланий сторон.

Назначенный сторонами или председателем КМА медиатор подписывает Декларацию о том, что отсутствуют обстоятельства, вызывающие сомнения в его беспристрастности и независимости, а также соглашение о неразглашении информации, ставшей известной медиатору в связи с участием в посредническом разбирательстве.

В ст. 3 Регламента закрепляется, что медиатором избирается (назначается) физическое лицо, прямо или косвенно не заинтересованное в исходе дела, являющееся независимым от сторон и давшее согласие на исполнение обязанностей Арбитра, достигшее возраста 25 лет и имеющее высшее образование.

Медиатором не может быть лицо:

- 1) избранное или назначенное судьей компетентного суда в порядке, установленном законодательным актом Республики Казахстан;
- 2) признанное компетентным судом в порядке, установленном законом Республики Казахстан, недееспособным или ограниченно дееспособным;
- 3) имеющее неснятую или непогашенную судимость либо лицо, которому предъявлено обвинение в совершении преступления;
- 4) являющееся государственным служащим;
- 5) полномочия которого в качестве судьи компетентного суда, адвоката, нотариуса, следователя, прокурора или другого работника правоохранительных органов были прекращены в установленном законом порядке за совершение проступков, несовместимых с его профессиональной деятельностью.

Медиатор самостоятельно определяет дату и время проведения посреднического разбирательства. Посредническое разбирательство осуществляется в офисе КМА, если стороны и (или) Медиатор не определили иное место проведения посреднического разбирательства.

Медиатор может проводить посредническое разбирательство в такой форме, какую он считает целесообразной для быстрого и эффективного разрешения спора, принимая во внимания обстоятельства дела и требования сторон.

Слушания при посредническом разбирательстве проводятся при закрытых дверях.

Медиатор не имеет полномочий налагать какие-либо обязанности на стороны, однако обязан помочь сторонам в достижении взаимоприемлемого варианта разрешения спора. Медиатор может проводить совместные или отдельные встречи со сторонами и предоставлять устные и письменные рекомендации по разрешению спора.

В случае необходимости медиатор может потребовать представить заключение эксперта по техническим аспектам спора при условии, что стороны согласны покрыть расходы, связанные с получением такого заключения.

Медиатор вправе прекратить посредническое разбирательство, если, по мнению медиатора, дальнейшие усилия в процессе посреднического разбирательства не приведут к разрешению спора между сторонами.

Медиатор не имеет права раскрывать конфиденциальную информацию, ставшую известной ему в процессе посреднического разбирательства. Все записи, доклады или иные документы, полученные медиатором в процессе посреднического разбирательства, считаются конфиденциальными.

Медиатор не может быть принужден к раскрытию конфиденциальной информации, связанной с посредническим разбирательством, в любых судебных или арбитражных (третейских) разбирательствах.

Посредническое разбирательство прекращается в случае:

(а) подписания сторонами соглашения об урегулировании спора; или уведомления сторонами медиатора, что, по их мнению, спор не может быть урегулирован и стороны желают прекратить посредническое разбирательство; или

(b) заявления посредника после консультаций со сторонами о том, что дальнейшие усилия в рамках посреднического разбирательства более себя не оправдывают; или

(с) превышения временного периода для урегулирования спора, предусмотренного в соглашении о посредническом разбирательстве, и стороны не пришли к согласию о продлении данного срока.

В случае если стороны согласовали условия урегулирования спора, они при содействии медиатора составляют и подписывают соглашение об урегулировании спора, которое закрепляет условия урегулирования.

Соглашение об урегулировании спора, подписанное сторонами, является обязательным для них.

Если стороны не договорились об ином, медиатор не выступает в качестве арбитра по спору, который являлся или является предметом согласительной процедуры, или по другому спору, возникшему в связи с тем же договором или правоотношением или в связи с любым имеющим к нему отношение договором или правоотношением.

Если стороны не договорились об ином, то они могут передать спор для разрешения в компетентный суд либо в порядке арбитражного (третейского) разбирательства вне зависимости от исхода посреднического разбирательства.

28 января 2011 г. был принят Закон РК «О медиации» (далее — Закон о медиации).

С принятием Закона о медиации, который был введен в действие по истечении шести месяцев после его первого официального опубликования (5 февраля 2011 г.), посредничество (медиация) получило в Казахстане свое легальное закрепление.

В соответствии с п. 6 Плана по реализации поручений Президента РК, данных на V съезде Судей Республики Казахстан 18 ноября 2009 г., Верховный Суд РК был определен в качестве основного раз-

работчика проекта Закона. Казахстанский Международный Арбитраж принимал участие в экспертизе Закона, разработанного и принятого в крайне сжатые сроки, практически в течение одного года.

Как известно, медиация не является и не может являться единой. Можно выделить, по меньшей мере, четыре вида медиации: 1) медиация в уголовном процессе; 2) медиация в гражданском процессе; 3) медиация, проводимая третейскими судами; 4) внесудебная, независимая медиация.

Каким же образом определена сфера действия Закона о медиации?

Согласно п. 1 ст. 1 Закона о медиации сферой применения медиации являются споры (конфликты), возникающие из гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений с участием физических и (или) юридических лиц, а также рассматриваемые в ходе уголовного судопроизводства по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести, если иное не установлено законами Республики Казахстан.

При этом процедура медиации не применяется: 1) в случае, если такие споры (конфликты) затрагивают или могут затронуть интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, и лиц, признанных судом недееспособными; 2) к спорам (конфликтам), возникающим из гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений с участием физических и (или) юридических лиц, когда одной из сторон является государственный орган; 3) по уголовным делам о коррупционных преступлениях и иных преступлениях против интересов государственной службы и государственного управления.

Иными словами, Закон о медиации регулирует так называемую судебную медиацию в уголовном и гражданском процессе, а также внесудебную (независимую) медиацию. Что касается медиации, проводимой третейскими судами, то Закон не дает четкого ответа на вопрос о том, распространяется ли сфера его действия на этот вид медиации.

При экспертизе проекта Закона одно из принципиальных замечаний КМА сводилось прежде всего к необходимости четкого определения сферы его действия. Закон о медиации должен регулировать в основном медиацию в гражданском процессе. Медиацию в уголовном процессе желательно регулировать отдельно, но, если она все же включается в Закон, ее надо регулировать отдельно, никак не смешивая с медиацией в гражданском процессе. Это совершенно разные вещи.

В Законе, состоящем из 28 статей, особенностям медиации в сфере гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений, особенностям медиации, проводимой в ходе уголовного судопроизводства, а также особенностям медиации в сфере семейных отношений (в сфере урегулирования разногласий между супругами) посвящено всего по одной статье (ст. 23, 24, 25).

Между тем медиация в гражданском процессе — это публичные отношения. Это практически то же самое мировое соглашение, но с участием посредника. Но поскольку здесь гражданско-правовые отношения, нет уголовного преступления, может быть предоставлена большая свобода проведению медиации и выбору медиатора.

Медиация в третейском суде — это частные отношения, это медиация в истинном смысле этого слова. Здесь сложилась устоявшаяся практика и нормативное регулирование. Ведущие арбитражные учреждения во всем мире имеют собственные регламенты посреднических процедур (например, Международная торговая палата, Американская арбитражная ассоциация, Лондонский международный третейский суд, Венский международный арбитражный суд, Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ, Казахстанский Международный Арбитраж).

Принципиальный же недостаток Закона в том, что в нем четко не определена сфера его действия. Медиацию, проводимую третейскими судами, а также самостоятельную медиацию надо было исключить из регулирования этим Законом, прямо указав, что он не применяется к данным видам медиации.

Практика тех стран, где были приняты законы о медиации (Румыния, Болгария) показала, что после принятия законов количество медиаций уменьшилось в десятки раз. Более успешен опыт развития медиации в тех странах, где при принятии законов частная практика медиации осталась вне сферы законодательного регулирования (Испания, Мальта, Финляндия, Бельгия, Великобритания).

Надо отметить, что заметное влияние на разработчиков Закона РК о медиации оказал Федеральный закон от 27 июля 2010 г. «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», вступивший в силу с 1 января 2011 г.

Закон РК о медиации состоит из четырех глав: глава 1 «Общие положения», глава 2 «Правовое положение медиаторов и организаций, обеспечивающих проведение медиации», глава 3 «Проведение медиации» и глава 4 «Заключительные положения».

В целом общие положения Закона не вызывают принципиальных возражений (за исключением вопроса о сфере применения медиации), поскольку касаются общепризнанных в мировой практике положений о целях и основных принципах проведения медиации.

Что касается норм о правовом положении медиаторов и их организаций, то казахстанская модель медиации имеет свои существенные особенности. Как известно, в настоящее время профессия «медиатор» не во всех странах имеет формальное признание в качестве самостоятельной.

Медиатором может быть независимое, беспристрастное, не заинтересованное в исходе дела физическое лицо, выбранное по взаимному согласию сторон медиации, включенное в реестр медиаторов и давшее согласие на выполнение функции медиатора.

При этом медиатором не может быть лицо: 1) уполномоченное на выполнение государственных функций и приравненное к нему; 2) признанное судом в установленном законом порядке недееспособным или ограниченно дееспособным; 3) в отношении которого осуществляется уголовное преследование; 4) имеющее не погашенную или не снятую в установленном законом порядке судимость.

Вслед за российским Федеральным законом п. 2 ст. 9 Закона РК «О медиации» предусматривает, что деятельность медиатора может осуществляться как на профессиональной основе (профессиональный медиатор), так и на непрофессиональной основе.

Однако казахстанский Закон предусматривает излишне жесткие требования к медиаторам, осуществляющим деятельность на непрофессиональной основе. Ими согласно п. 3 ст. 9 могут быть лица, достигшие 40-летнего (для сравнения в РФ — 18-летнего) возраста и состоящие в реестре непрофессиональных медиаторов (аналогичная норма в Законе РФ просто отсутствует).

Реестр непрофессиональных медиаторов, осуществляющих медиацию на территории РК на непрофессиональной основе, ведет аким района в городе, города районного значения, поселка, аула (села), аульного (сельского) округа (уполномоченный орган). Процедура обращения непрофессиональных медиаторов в уполномоченный орган для включения в реестр непрофессиональных медиаторов, процедура включения их в реестр, а также требования к содержанию реестра предусмотрены ст. 16 Закона о медиации.

Наряду с медиаторами, осуществляющими свою деятельность на непрофессиональной основе, медиацию в соответствии со ст. 15 Закона могут проводить избираемые собранием (сходом) местного сообщества для этих целей члены местного сообщества, имеющие большой жизненный опыт, авторитет и безупречную репутацию. Протокол собрания (схода) местного сообщества об избрании членов местного сообщества в качестве непрофессиональных медиаторов в течение 10 рабочих дней направляется уполномоченному органу для включения в реестр непрофессиональных медиаторов.

Такая излишняя законодательная урегулированность, наличие административных барьеров вызывают большие сомнения в жизнеспособности института непрофессиональных медиаторов, которые к тому же, судя по анализу норм ст. 21, 22 Закона о медиации, в отличие от

профессиональных медиаторов должны осуществлять медиацию на бесплатной основе.

Осуществлять деятельность медиатора на профессиональной основе в соответствии с п. 4 ст. 9 Закона могут лица, имеющие высшее образование, достигшие 25-летнего возраста, имеющие документ (сертификат), подтверждающий прохождение обучения по программе подготовки медиаторов, утверждаемой в порядке, определяемом Правительством РК, и состоящие в реестре профессиональных медиаторов.

Организации медиаторов являются некоммерческими, негосударственными, самофинансируемыми и самоуправляемыми организациями, созданными по инициативе медиаторов в организационно-правовых формах, предусмотренных Законом РК «О некоммерческих организациях». Они вправе проводить профессиональную подготовку и повышение квалификации медиаторов с выдачей документа (сертификата) о прохождении соответствующей подготовки по медиации.

Ассоциация (союз) медиаторов вправе разрабатывать и утверждать Кодекс профессиональной этики медиаторов, который обязаны соблюдать профессиональные медиаторы.

Каждая организация медиаторов в соответствии с предусмотренными ст. 14 Закона о медиации требованиями должна вести свой реестр профессиональных медиаторов, осуществляющих медиацию на территории РК.

Рассмотрим отдельные положения Закона, касающиеся проведения медиации (глава 3). Под договором о медиации согласно подп. 7 ст. 1 Закона о медиации понимается письменное соглашение сторон, заключаемое с медиатором в целях разрешения спора (конфликта) до начала медиации. При этом п. 2 ст. 21 Закона предусмотрел, на мой взгляд, излишне расширенный перечень существенных условий договора о медиации, отсутствие в договоре или недостижение сторонами соглашения, хотя бы по одному из которых согласно п. 1 ст. 393 ГК РК влечет за собой признание договора о медиации незаключенным.

Существенными для договора медиации являются следующие условия: 1) дата, время и место составления договора о медиации; 2) наименование сторон спора (конфликта), фамилии и инициалы, должности их представителей с указанием полномочий; 3) предмет спора (конфликта); 4) сведения о медиаторе (медиаторах), который (которые) выбран (выбраны) сторонами медиации; 5) условия, порядок и размер расходов, связанных с проведением медиации, а в случае осуществления медиации на профессиональной основе — выплаты вознаграждения медиатору (медиаторам) за проведение медиации; 6) язык проведения медиации; 7) обязательство сторон о конфиденциальности проведения медиации и последствия неисполнения такого

обязательства; 8) основания и объем ответственности медиатора, участвующего в урегулировании спора (конфликта) сторон медиации, за действия (бездействие), повлекшие убытки (ущерб) для сторон медиации; 9) реквизиты сторон (данные, удостоверяющие личность, место жительства, контактные телефоны); 10) срок проведения медиации; 11) порядок проведения медиации.

Что касается сроков проведения медиации, то для внесудебной и судебной медиации в сфере гражданских, трудовых, семейных и иных правоотношений п. 1, 2 ст. 23 Закона в качестве общего правила установлен срок не позднее 30 календарных дней со дня заключения договора о медиации (в случаях необходимости по взаимному решению сторон либо суда срок проведения медиации может быть продлен до 30, но не более 60 календарных дней в совокупности). Медиация в ходе уголовного судопроизводства должна быть завершена в установленные уголовно-процессуальным законом сроки досудебного и судебного производства (п. 4 ст. 24).

Как известно, при медиации, проводимой третейскими судами, широкое применение имеет соглашение о проведении медиации, заключаемое сторонами задолго до возникновения спорных правоотношений.

Однако в силу требований пп. 1, 2 ст. 23 Закона при медиации вне рамок гражданского процесса заключение договора о медиации до возникновения спора становится просто бессмысленным.

В соответствии с п. 1 ст. 27 Закона соглашение об урегулировании спора (конфликта), достигнутое сторонами медиации при проведении медиации, заключается в письменной форме и подписывается сторонами. Соглашение должно содержать данные о сторонах медиации, предмете спора (конфликта), медиаторе (медиаторах), а также согласованные сторонами условия соглашения, способы и сроки их исполнения и последствия их неисполнения или ненадлежащего исполнения. Соглашение об урегулировании спора (конфликта) подлежит исполнению сторонами медиации добровольно в порядке и сроки, предусмотренные этим соглашением (п. 3 ст. 27).

Соглашение об урегулировании спора, заключенное до рассмотрения гражданского дела в суде, представляет собой сделку, направленную на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей сторон. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения такого соглашения сторона медиации, нарушившая соглашение, несет ответственность в порядке, предусмотренном законами РК.

Соглашение об урегулировании спора, достигнутое сторонами при проведении медиации в ходе гражданского процесса, незамедлительно направляется судьей, в производстве которого находится гражданское

дело. Соглашение об урегулировании спора утверждается судом в порядке, предусмотренном ГПК РК. При этом уплаченная государственная пошлина подлежит возврату плательщику.

До принятия Закона о медиации в Казахстане получила определенное распространение внесудебная независимая медиация. На территории Казахстана создан ряд центров медиации. По данным Конфедерации неправительственных организации Казахстана (КНОК) в республике действует Центр развития переговорного процесса и мирных стратегий в разрешении конфликтов. В Астане, Алматы, Караганде, Шымкенте имеются медиаторы, получившие свидетельства о присвоении квалификации медиатора. Их обучали, в частности, специалисты по медиации из Санкт-Петербурга. Открыты центры медиации в Алматы, Астане, Атырау, Актобе.

Арбитражное (третейское) разбирательство как институт частного процессуального права

Наибольшее развитие из APC получил арбитраж (arbitration). Эта форма защиты гражданских прав наряду с судом получила закрепление в ГК РК. В п. 1 ст. 9 ГК закреплено: «Защита гражданских прав осуществляется судом, арбитражным судом или третейским судом...»

Сразу надо отметить неточность формулы. В Казахстане нет государственных арбитражных судов и Высшего арбитражного суда, как в России, они давно ликвидированы. Все суды входят в систему Верховного суда, а на областном уровне — в систему областных судов. Правда, есть специализированные межрайонные экономические суды (СМЭС), однако они входят в общую систему областных судов. Правильнее было бы в ст. 9 ГК записать «арбитражным (третейским) судом».

Право на отказ от судебной защиты. В соответствии с п. 2 ст. 13 Конституции РК «каждый имеет право на судебную защиту своих прав и свобод». Из этого положения Конституционным Советом РК был сделан неожиданный вывод о том, что после рассмотрения дела в третейском суде этот же спор может повторно быть рассмотрен в государственном суде.

В постановлении Конституционного Совета от 15 февраля 2002 г. было сделано три вывода:

1) третейский суд не входит в судебную систему, осуществляющую правосудие в Республике Казахстан, и рассматривает имущественные споры между участниками гражданских правоотношений по их добровольному волеизъявлению. Обращение в третейский суд не является для граждан и юридических лиц реализацией их права на судебную защиту прав и свобод, установленного п. 2 ст. 13 Конституции;

2) конституционный принцип «Правосудие в Республике Казахстан осуществляется только судом», закрепленный п. 1 ст. 75 Конституции, распространяется только на суды, входящие в судебную систему Республики. Рассмотрение споров третейскими судами не означает осуществление правосудия;

3) заключение сторонами гражданско-правового договора о передаче спора на разрешение третейского суда не исключает в последующем возможности рассмотрения данного спора судами судебной системы Республики в порядке, установленном действующим законодательством.

Полностью соглашаясь с первыми двумя выводами Конституционного Совета, нельзя согласиться с третьим.

Действительно, третейский суд не входит в судебную систему и правосудие осуществляется только судом. Однако Конституционный Совет, опираясь на п. 2 ст. 13 Конституции о праве на судебную защиту прав и свобод, не принял во внимание п. 1 статьи 13, в котором закреплено право каждого защищать свои права всеми не противоречащими закону средствами. Из этого пункта Конституционный Совет сделал только вывод, что рассмотрение споров третейским судом является одним из таких способов.

Однако из п. 1 статьи 13 Конституции вытекает и другой вывод: судебная защита также является лишь одним из способов защиты каждым своих прав и свобод. Следовательно, вполне допустимы и другие способы, а граждане и юридические лица вправе воспользоваться ими, отказавшись от судебной защиты своих прав.

В постановлении Конституционного Совета явно просматривается уголовно-правовой акцент. Правосудие действительно осуществляется только судом, но в гражданско-правовых отношениях граждане часто пользуются правами на защиту, не прибегая к принудительной силе государства и не обращаясь к правосудию (оперативные санкции, средства самозащиты и т.п.).

Применение третейского разбирательства — это тоже реализация права граждан на выбор способов защиты своих прав.

Из этого вовсе не следует, что государство не должно вмешиваться, если не исполняется решение третейского суда. Арбитражная оговорка — это гражданско-правовой договор, выражение воли двух сторон. Нарушение этого договора (т.е. обязанности подчиниться решению третейского суда) влечет те же последствия, что и нарушение любого гражданско-правового договора.

Если участники гражданских отношений заключают договор и одна из сторон его не выполняет, то потерпевшая сторона вправе обратиться в суд за защитой своего права.

Именно в этом заключается обеспечение гражданско-правовых отношений принудительной силой государства. Именно в этом случае осуществляется правосудие.

Постановление Конституционного Совета подвергалось в юридической литературе резкой критике¹. В конце концов, Конституционный Совет Постановлением от 7 февраля 2008 г. отменил свое постановление от 15 февраля 2002 г. и дополнительное постановление по этому же вопросу от 12 апреля 2002 г.

При толковании ст. 13 Конституции РК необходимо четко уяснить, является ли право на судебную защиту абсолютным и может ли гражданин сам отказаться от этого права.

Пункт 4 ст. 8 ГПК РК закрепляет: отказ от права обращения в суд недействителен, если он противоречит закону или нарушает чьи-либо права и охраняемые законом интересы. Закон (ст. 25, 170, 192 ГПК и ст. 9 ГК) прямо предусматривает право на защиту своих прав путем обращения в третейский суд. Нарушения чьих-либо прав и интересов здесь также не наблюдается, ибо обе стороны третейского соглашения совместно и одновременно отказываются от своего права. Следовательно, лицо вправе отказаться от своего права на судебную защиту.

Третий вывод Конституционного Совета с этим не очень согласовывался.

Этот вопрос связан с более общей теоретической проблемой: вправе ли гражданин или юридическое лицо отказаться (безвозвратно) от принадлежащих им гражданских прав. Эта проблема возникла в связи с неудачной редакцией ст. 8 ГК, посвященной осуществлению гражданских прав. В этой статье говорится не об отказе от прав, а об отказе от осуществления прав, причем подчеркивается, что отказ от осуществления прав не влечет прекращения этих прав. На практике это вызвало большую путаницу в вопросе о том, может ли правообладатель отказаться от прав.

Поэтому по предложению НИИ частного права Законом от 23 марта 2011 г. в ГК закреплено право субъекта отказаться от принадлежащих ему прав (ст. 2 ГК), а отказ от осуществления права заменен на «неосу-

¹ См., например: *Басин Ю.Г., Сулейменов М.К.* Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования // Арбитражные (третейские) суды в Казахстане: прошлое, настоящее, будущее. Алматы: Казахстанский международный арбитраж, НИИ частного права, 2007. С. 68–71; *Грешиников П.Я.* Десять событий, изменивших правовое положение третейских судов в Казахстане // Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования. Материалы Международ. науч.-практ. конференции. Астана, 3 февраля 2003 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮУ, 2003. С. 10–13; С. 66–71; *Кенжебаева А.Т.* Арбитражное соглашение как средство реализации конституционного права на защиту // Там же. С. 57–65; *Баймолдина З.Х.* Проблемы третейского суда в Казахстане // Там же. С. 72–77.

шествование права» (ст. 8 ГК). Это принципиально иной подход. Отказ от осуществления права предполагает какие-то активные действия, а неосуществление права — это бездействие. Например, неосуществление права собственности не означает прекращения права. Однако собственник может отказаться от права собственности (выбросить вещь)¹.

Три этапа развития законодательства о третейских судах в Казахстане.

1) Третейское разбирательство в Казахстане в отличие от России имеет не очень большую историю.

5 октября 1993 г. была создана Арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Республики Казахстан. Тогда же был создан Международный третейский суд при Юридическом центре IUS.

В то время в Казахстане действовало Типовое положение о третейском суде, утвержденное Постановлением Кабинета Министров РК от 4 мая 1993 г. № 356.

В те годы третейское разбирательство медленно, но неуклонно развивалось, проблемы если и возникали, то не самые острые. Одной из таких проблем были взаимоотношения с Генеральной прокуратурой, которая пыталась опротестовать решения третейских судов по существу.

2) Положение резко изменилось с принятием 1 июля 1999 г. нового Гражданско-процессуального кодекса. Незадолго до этого были ликвидированы государственные арбитражные суды и положения нового ГПК стали распространяться на экономические споры между юридическими лицами. С принятием ГПК был отменен Закон о порядке разрешения хозяйственных споров 1993 г. Это было вполне логично, однако утратила силу и ст. 134 этого Закона, предусматривающая принудительное исполнение арбитражными судами решений третейских судов. В то же время в ГПК подобная норма не была включена.

Между тем, принудительное исполнение решений третейского суда государственными судами является краеугольным камнем эффективности третейского разбирательства.

После принятия ГПК судебная практика пошла вразнос. Чтобы исправить ситуацию, Верховный суд принял Нормативное постановление от 19 октября 2001 г. № 14, которым обязал суды выносить определения о принудительном исполнении решений третейских судов. Однако против этого постановления единым фронтом выступили Генеральная прокуратура и Министерство юстиции при открытой поддержке Правительства РК. После такого мощного давления Верховный суд вынужден был приостановить действие своего нормативного постановления.

¹ Подробнее см. § 7.1 настоящей работы.

Свою лепту внес и Конституционный совет РК, приняв вышеупомянутое постановление. Единственная фраза в этом постановлении, которая спасала положение, — «в порядке, установленном законодательством». В ГПК пока сохраняется положение об обязанности суда оставить заявление без рассмотрения, если между сторонами заключено арбитражное соглашение (подп. 5 ст. 249 ГПК).

Начался период тайного и явного уничтожения арбитражных судов. Мы с профессором Ю.Г. Басиным возглавили борьбу всех юристов Казахстана за сохранение третейских судов в Казахстане и за скорейшее принятие закона об арбитражном разбирательстве. Борьба шла с переменным успехом. В частности, существовало распоряжение вице-премьера РК о поручении Министерству юстиции разработать проект закона о третейских судах, исключив из него норму о принудительном исполнении решений третейских судов. Отмечу, что значительную поддержку в сохранении третейских судов нам оказывало международное арбитражное сообщество, в том числе и российские ученые. В феврале 2003 г. НИИ частного права совместно с Немецким обществом по техническому сотрудничеству (GTZ) провели в Астане международную научно-практическую конференцию «Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования» с приглашением на нее депутатов и правительственных чиновников. На конференции с докладами выступили Рольф Книпер (профессор Бременского университета), Рено Сорель (секретариат ЮНСИТРАЛ) и профессор М.М. Богуславский, который, я думаю, не нуждается в особом представлении.

3) В итоге все же борьба увенчалась успехом, и 28 декабря 2004 г. были приняты Закон «О третейских судах» и Закон «О международном коммерческом арбитраже». Эти законы сыграли большую роль в возрождении арбитражных судов в Казахстане. В частности, на основе нового законодательства был создан Казахстанский международный арбитраж (КМА), председателем которого я являюсь и который ныне является самым известным в Казахстане.

Некоторые положения законов о третейских судах и о международном коммерческом арбитраже

Разграничение компетенции третейского суда и международного коммерческого арбитража

Прежде всего необходимо четко понимать, что третейский суд и арбитраж — это одно и то же. На английский язык слова «третейский суд» переводятся «арбитражный суд». Суть арбитражного (третейского) суда в том, что это негосударственный орган, созданный самими сторонами для разрешения спора.

Третейские (арбитражные) суды могут быть постоянно действующими (институционными) и образованными специально для рассмотрения конкретного спора (арбитраж *ad hoc*), (см. подп. 2 ст. 2 Закона о третейских судах, подп. 1 ст. 2 Закона о международном коммерческом арбитраже).

Разграничение компетенции между третейским судом и международным коммерческим арбитражем проводится не между конкретными арбитражными органами (один суд — только третейский, другой — только арбитраж), а по характеру споров. То есть любой арбитражный (третейский) суд может рассматривать и внутригосударственные споры, и международные; любые физические или юридические лица (как резидент, так и нерезидент) могут обратиться в любой арбитражный суд, как бы он ни назывался — «третейский суд» или «международный коммерческий арбитраж». В этом случае в зависимости от характера споров будет действовать или Закон о третейских судах, или Закон о международном коммерческом арбитраже.

Разграничение компетенции закреплено в п. 4 ст. 6 Закона о международном коммерческом арбитраже: «4. В арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры, вытекающие из гражданско-правовых договоров, между физическими лицами, коммерческими и иными организациями, если хотя бы одна из сторон является нерезидентом Республики Казахстан».

Это значит, что споры между резидентами РК рассматривает третейский суд, споры с участием нерезидента рассматривает международный коммерческий арбитраж.

Ограничение компетенции третейских судов

В принятых законах к компетенции арбитражей относятся только споры, возникающие из гражданско-правовых договоров, если иное не установлено законодательными актами РК (ст. 1 Закона о третейских судах, ст. 1 Закона о международном коммерческом арбитраже). Это значит, что иные споры (например, споры о праве собственности, не связанные с договорами) арбитражами рассматриваться не могут. Это существенное ограничение компетенции арбитражей, причем явно необоснованное.

Ограничение компетенции третейского суда установлено в п. 5 ст. 7 Закона о третейских судах: «Третейским судам не подведомственны споры, по которым затрагиваются интересы государства, государственных предприятий, несовершеннолетних лиц, лиц, признанных в порядке, установленном законом, недееспособными, лиц, не являющихся участниками третейского соглашения, споры из договоров

о предоставлении услуг, выполнении работ, производстве товаров субъектами естественных монополий, субъектов, занимающих доминирующее положение на рынке товаров и услуг, а также по делам о банкротстве, за исключением случаев, предусмотренных законами Республики Казахстан».

Обжалование решения третейского (арбитражного) суда

В ст. 31 Закона о международном коммерческом арбитраже в полном соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ от 21 июня 1985 г. «О международном торговом арбитраже» (далее — Типовой закон ЮНСИТРАЛ) предусмотрено два возможных случая отмены решения арбитража компетентным судом: по ходатайству об отмене, заявленному одной из сторон, и по решению компетентного суда (которое может быть принято без ходатайства стороны).

Основаниями для подачи ходатайства являются только процессуальные нарушения (одна из сторон арбитражного соглашения была признана недееспособной, сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, решение арбитража вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением, и т.п.).

Кроме того, компетентный суд по своей инициативе может отменить решение по двум основаниям: 1) арбитражное решение противоречит публичному порядку РК; 2) спор, по которому вынесено арбитражное решение не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству РК.

Примером второго основания могут служить трудовые споры или споры о банкротстве, которые в соответствии с законами о труде и о банкротстве могут рассматриваться только в государственных судах РК.

Однако надо специально подчеркнуть, что ограничения, установленные для третейских судов п. 5 ст. 7 Закона о третейских судах, на международный коммерческий арбитраж не распространяются. Два закона рассматривались в Парламенте РК одновременно, и Парламент установил разный правовой режим для третейских судов и международного коммерческого арбитража.

Это значит, что к международному коммерческому арбитражу применяются все ограничения, установленные законодательством РК, кроме ограничений, установленных Законом о третейских судах. В частности, запрет на рассмотрение в международном коммерческом арбитраже споров о банкротстве вытекает не из Законов о третейских судах, где он тоже установлен (совсем излишне, на мой взгляд), а из Закона о банкротстве.

В Законе о третейских судах повторяются те же основания отмены решения третейского суда, однако добавлено еще основание — противоречие принципу законности.

Принцип законности означает, что третейские судьи и суды в своих решениях руководствуются только нормами Конституции РК, законодательных и иных нормативных правовых актов РК (подп. 2 ст. 4 Закона о третейских судах).

Следовательно, компетентный суд вправе проверять законность решения третейского суда, т.е. соответствие его законодательным и иным нормативным правовым актам.

Принудительное исполнение решений третейских (арбитражных) судов

В обоих законах прописан порядок принудительного исполнения решений третейских (арбитражных) судов. Статья 33 Закона о международном коммерческом арбитраже об основаниях для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения в целом соответствует положениям, установленным Типовым законом ЮНСИТРАЛ и Нью-Йоркской Конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г. (далее — Нью-Йоркская Конвенция).

Не очень далеко отходит от международных документов и аналогичная ст. 48 Закона о третейских судах. Правда, здесь добавлено еще одно не совсем понятное основание для отказа в выдаче исполнительного листа: если вынесение решения третейским судом стало возможным в результате совершения преступления, установленного приговором суда.

Но самым главным достижением и итогом длительной дискуссии по проекту Закона стало исключение из ст. 48 нарушения принципа законности как основания для отказа в выдаче исполнительного листа. Следовательно, основаниями для отказа в принудительном исполнении по Закону о третейских судах являются процессуальные нарушения и противоречие публичному порядку.

Изменения в Закон о третейских судах и в Закон о международном коммерческом арбитраже

5 февраля 2010 г. был принят Закон РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам иммунитета государства и его собственности, совершенствования деятельности третейских судов и международного коммерческого арбитража».

Надо сразу сказать, что ценность этого Закона — в законодательном решении вопроса об иммунитете государства и его собственности. Что касается совершенствования деятельности третейских судов, то внесенные изменения немногочисленны и незначительны. Можно сказать: гора родила мышь.

Причем основные изменения внесены в Закон о международном коммерческом арбитраже.

Странная вещь: вместо того, чтобы улучшить Закон о третейских судах, устранив из него необоснованные ограничения деятельности третейских судов, большинство изменений внесено в Закон о международном коммерческом арбитраже. При этом аналогичные изменения в Закон о третейских судах не внесены, речь идет о таких статьях, как ст. 41 «Отказ от права на возражение», ст. 6-1 «Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в компетентном суде», ст. 9-1 «Условия деятельности постоянно действующего арбитража», ст. 20 «Начало арбитражного разбирательства», ст. 24 «Получение сторонами письменных сообщений».

Однако не учитывается, что в Казахстане не существует отдельно третейских судов и международных коммерческих арбитражей. Один и тот же арбитраж может выступать как третейский суд (когда обе стороны спора — резиденты) и как международный коммерческий арбитраж (когда одна из сторон — нерезидент). Поэтому непонятно, как конкретный арбитраж будет применять нормы Закона о международном коммерческом арбитраже, когда он выступает в качестве третейского суда?

Так, например, согласно ст. 9-1 «Условия деятельности постоянно действующего арбитража» Закона о международном коммерческом арбитраже постоянно действующий арбитраж ведет реестр своих арбитров. Информация о постоянно действующем арбитраже, реестр арбитров, об арбитражных решениях при согласии сторон спора, юридический адрес и регламент работы размещаются в сетях телекоммуникации общего пользования и в средствах массовой информации для свободного ознакомления физическими и юридическими лицами.

Поскольку указанные требования к условиям деятельности постоянно действующего арбитража не были продублированы в Законе о третейских судах, возникает закономерный вопрос: обязан ли арбитраж, постоянно рассматривающий споры между резидентами (третейский суд), составлять реестр арбитров и вместе с информацией о постоянно действующем третейском суде, о вынесенных решениях при согласии сторон спора, о юридическом адресе и регламенте работы, размещать такой реестр в сетях телекоммуникации общего пользования и в средствах массовой информации для свободного оз-

накопления физическими и юридическими лицами? Если исходить из Закона о внесении изменений, то не обязан, хотя вряд ли это справедливо, так как именно для третейского суда важно, чтобы граждане Казахстана знали о наличии такого суда, его месте нахождения, о его арбитрах (третейских судьях), о регламенте работы, иными словами, имели свободный доступ к информации о постоянно действующем третейском суде.

К большому сожалению, Закон о внесении изменений не выполнил главной своей задачи: снять необоснованные ограничения деятельности третейских судов, их дискриминацию по сравнению с международным коммерческим арбитражем. На практике наличие таких ограничений очень серьезно тормозит развитие третейских судов.

Дальнейшее совершенствование законодательства в этой сфере, на наш взгляд, должно вестись по следующим основным направлениям.

1) Снятие ограничений в компетенции третейских судов

Третейский суд (арбитраж) рассматривает только споры, возникающие из гражданско-правовых договоров. При этом ограничение компетенции третейского суда в отличие от арбитража состоит в том, что третейским судам в соответствии с п. 4 ст. 7 Закона о третейских судах неподведомственны споры, по которым затрагиваются интересы государства, государственных предприятий, несовершеннолетних лиц, лиц, признанных в порядке, установленном законом, недееспособными, лиц, не являющихся участниками третейского соглашения, споры из договоров о предоставлении услуг, выполнении работ, производстве товаров субъектами естественных монополий, субъектов, занимающих доминирующее положение на рынке товаров и услуг, а также по делам о банкротстве, за исключением случаев, предусмотренных законами РК.

Здесь можно говорить о необоснованных ограничениях деятельности третейских судов, их дискриминации по сравнению с международным коммерческим арбитражем. Так, например, национальные компании необоснованно ограничены в возможности рассмотрения споров с казахстанскими компаниями в порядке третейского разбирательства, поскольку существует риск, что государственные суды могут отменить решение третейского суда, ссылаясь на то, что в споре с нацкомпанией были затронуты интересы государства. При этом любой нерезидент сможет включить в такой же контракт с нацкомпанией оговорку и отдать свой спор по контракту на рассмотрение независимому арбитражу. На практике наличие подобных ограничений очень серьезно тормозит развитие третейских судов.

Для дальнейшего успешного развития третейских судов в Казахстане необходимо снятие необоснованных ограничений в их компе-

тенции, а именно исключение из Закона о третейских судах норм о запрете на рассмотрение в третейском суде споров, по которым затрагиваются интересы государства, государственных предприятий, естественных и доминирующих монополистов.

Кроме того, для дальнейшего успешного развития третейских и арбитражных судов в Казахстане необходимо исключить из действующих законов о третейских судах и о международном коммерческом арбитраже ограничения полномочий третейских судов (арбитражей) рассмотрением лишь договорных споров (т.е. споров, возникающих из гражданско-правовых договоров).

Для сравнения необходимо отметить, что подобного ограничения нет в законодательстве стран СНГ. В частности, согласно п. 2 ст. 1 Федерального закона от 24 июля 2002 г. «О третейских судах в Российской Федерации» в третейский суд может по соглашению сторон третейского разбирательства передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом. В соответствии с п. 2 ст. 1 Федерального закона от 7 июля 1993 г. «О международном коммерческом арбитраже» в международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться: споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации.

2) Исключение принципа законности как основания для обжалования решений третейских судов

В соответствии с подп. 2 ст. 4 Закона о третейских судах принцип законности означает, что третейские судьи и суды в своих решениях руководствуются только нормами Конституции РК, законодательных и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан. Согласно подп. 2 ст. 4 Закона о коммерческом арбитраже данный принцип означает, что арбитры и арбитражи в своих решениях руководствуются только нормами применимого по соглашению сторон права. В соответствии с п. 1 ст. 36 Закона о третейских судах решение третейского суда должно быть законным и обоснованным.

Принцип законности, как известно, является общеправовым принципом. В юридической литературе высказывались различные точки зрения на необходимость законодательного закрепления указанного

принципа в отношении арбитражного (третейского) разбирательства. Так, например, И.П. Грешников считает, что данный принцип «обычен для уголовного права и процесса, а также административного права и законодательства о прокурорском надзоре. Несколько нелепо выглядит попытка казахстанского законодателя применить этот публично-правовой и даже уголовно-правовой принцип в законе, который регулирует вопросы частного третейского судопроизводства»¹.

С высказанной позицией сложно согласиться, поскольку, во-первых, общие основания принципа законности заложены в Конституции РК, в частности в ст. 4, 34, а во-вторых, данный принцип, представляя собой системообразующий принцип, характерен и для гражданского процессуального права (ст. 6 ГПК РК). Будучи актом правоприменения, решение третейского суда должно быть законным и обоснованным.

Принцип законности, являясь общеправовым принципом, безусловно, должен действовать и при разрешении споров в порядке арбитражного (третейского) разбирательства, однако вопрос здесь главным образом заключается в том, как правильно интерпретировать содержание данного принципа в рамках арбитражного (третейского) права. В юридической литературе неоднократно высказывались суждения о том, что действие общеправовых принципов в третейском (арбитражном) праве необходимо интерпретировать несколько иначе, чем в гражданском процессуальном праве, поскольку их действие в третейском судопроизводстве несколько отличается от функционирования в сфере государственного судопроизводства².

В Законе о третейских судах среди оснований обжалования решения третейского суда в компетентном (государственном) суде названо противоречие такого решения принципу законности и публичному порядку Республики Казахстан (подп. 5 п. 2 ст. 44 Закона).

Вопрос о возможности обжалования решения третейского суда в случае его противоречия принципу законности широко обсуждается в казахстанской юридической литературе. Как отмечает И.П. Грешников, «большинство сторонников применения данного принципа к третейскому разбирательству оправдывают его появление в Законе необходимостью контроля официальной судебной властью за законностью решений третейских судов»³.

¹ См.: *Грешников И.П.* Комментарий к ст. 4 Закона Республики Казахстан от 28 декабря 2004 г. «О третейских судах» // Комментарий к Закону Республики Казахстан «О третейских судах» (постатейный) / Отв. ред. И.П. Грешников. Алматы: Юрид. центр IUS, 2009. С. 28–29.

² *Скворцов О.Ю.* Указ. соч. С. 519.

³ *Грешников И.П.* Указ. соч. С. 28.

Однако сама возможность отмены решения третейского суда по основанию нарушения принципа законности противоречит сущности третейского разбирательства. Ведь принцип законности – это соблюдение всех нормативных правовых актов (подп. 2 ст. 4 Закона о третейских судах). Но для того, чтобы установить противоречие решения третейского суда какому-либо нормативному правовому акту, государственный суд должен проверить такое решение по существу. Без этого невозможно обнаружить предполагаемое противоречие. Иначе говоря, государственный суд превращается в вышестоящую инстанцию, проверяющую законность решения третейского суда по существу и в зависимости от собственной оценки решающую, сохранить или не сохранить юридическую силу такого решения.

На практике это означает, что государственный суд может отменить решение третейского суда в случае малейшего на взгляд государственного суда нарушения любого приказа министерства или любого решения районного акима. Не говоря о наличии большой коррупционной составляющей, это противоречит основной цели введения третейского суда в правовую систему государства, а также основному принципу третейского разбирательства: что оно не может быть пересмотрено по существу. На этом принципе построено третейское разбирательство во всем мире, и это запрещено во всех международных документах.

Недаром подобного основания отмены решения нет в Законе о международном коммерческом арбитраже, основанном на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. В конце концов, это просто унижительно, когда в Законе, написанном для иностранцев, нет таких ограничений, которые установлены для граждан Республики Казахстан.

Таким образом, необходимо исключить из подп. 5 п. 2 ст. 44 Закона о третейских судах упоминание о принципе законности как основании для обжалования решения третейского суда.

3) Субъекты обжалования решений третейских судов (арбитражей)

Проблематичным в настоящее время является вопрос о субъектах обжалования решений арбитражей. В ст. 31 Закона о международном коммерческом арбитраже об этом вообще ничего не говорится, так как совершенно очевидно (в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ), что такими субъектами могут быть только стороны, и никто иной. И вот почему. Обращение к арбитражному (третейскому) разбирательству в предусмотренных законами о третейских судах и о международном коммерческом арбитраже случаях является одним из способов защиты гражданских прав и возможно лишь при наличии должным образом заключенного между сторонами арбитражного

(третейского) соглашения, являющегося по своей правовой природе гражданско-правовым договором.

Согласно п. 2 ст. 2 ГК граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своих интересах. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. При этом в силу п. 1 ст. 8 ГК граждане и юридические лица по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им гражданскими правами, в том числе правом на их защиту, которая в соответствии с п. 1 ст. 9 ГК осуществляется судом, арбитражным судом или третейским судом. Таким образом, инициатором (третейского) арбитражного разбирательства могут быть исключительно стороны третейской (арбитражной) оговорки.

Что касается третьих лиц, то Закон о третейских судах упоминает о них дважды: в подп. 2 п. 1 ст. 24 и в п. 2 ст. 44, когда речь идет о праве лица, права которого были затронуты, подать заявление об отмене решения третейского суда (т.е. фактически в данном случае речь идет о наделении третьих лиц, не привлеченных к участию в деле, правом на обжалование решения, вынесенного третейским судом).

Согласно подп. 2 п. 1 ст. 24 Закона о третейских судах третейский суд возвращает исковое заявление, если затрагиваются интересы третьих лиц, не являющихся участниками третейского соглашения.

В п. 1 ст. 44 Закона о третейских судах закреплено, что решение третейского суда может быть обжаловано сторонами. Однако в п. 2 ст. 44 появляется другая формула: «решение третейского суда может быть обжаловано лишь в случаях, если сторона либо лицо, права которых были затронуты, подавшие заявление об отмене решения третейского суда, представят доказательства того, что...». То есть появились еще другие лица (не стороны), которые могут подавать заявления об отмене решения.

Более того, нормы данной статьи, наделяющие третьих лиц, не участвующих в третейском разбирательстве, правом обжалования решений третейских судов, находят свое процессуальное наполнение в совершенно изумительной по своей юридической некорректности формуле, закрепленной в ст. 331-1 и 426-1 ГПК. В соответствии с этими статьями заявление об обжаловании решения третейского суда может быть подано не только сторонами третейского (арбитражного) разбирательства, но и третьими лицами, не привлеченными к участию в деле, но в отношении прав и обязанности которых третейский суд (арбитраж) принял решение по основаниям, предусмотренным законом.

Данные нормы неоднократно подвергались справедливой и обоснованной критике, поскольку решение арбитража обязательно только для

сторон и ни в каком случае не может затронуть третьих лиц. С какой стати третье лицо, не участвовавшее в арбитражном разбирательстве, вдруг получает право на обжалование решения арбитража и таким образом вмешивается в отношения двух сторон? В отношении международного коммерческого арбитража это не так страшно, так как основания для обжалования там только процессуальные, но в отношении третейского суда дело обстоит гораздо хуже, так как там среди оснований обжалования есть противоречие принципу законности.

Кроме того, в обеих статьях ГПК не указан срок, в течение которого может подать ходатайство третье лицо, не привлеченное к участию в деле, но в отношении прав и обязанностей которого суд принял решение. Надо думать, срок для подачи ходатайства не может превышать для них сроков, установленных для сторон.

Данная формула несет в себе большой риск для деятельности третейских судов Республики Казахстан, поскольку она создает предпосылки для обжалования решения третейского суда практически любым лицом.

В связи с этим необходимо исключить из ГПК, а также Закона о третейских судах возможность обжалования третьими лицами решений, вынесенных третейскими судами (арбитражами).

Арбитражные суды в Казахстане. В Казахстане не так много арбитражных судов. Точное количество их неизвестно, так как единого центра и статистики деятельности третейских судов не существует. Можно предположить, что общее их количество свыше, в основном в Алматы. Первые третейские суды, которые были созданы в Казахстане в 1992–1993 г. — это Арбитражная комиссия при Союзе Торгово-промышленных палат РК и Международный третейский суд IUS. Я был основателем и бессменным председателем Арбитражной комиссии при РК, но в 2004 г. ушел оттуда, так как руководство ТПП РК очень мало думало о развитии арбитражного суда. 5 января 2005 г. я стал председателем Казахстанского Международного Арбитража, по-английски «Kazakhstani international arbitrage» (KIA), который за пять лет существования превратился в ведущий арбитражный (третейский) суд в Казахстане.

Регламент арбитражного разбирательства КМА разработан в соответствии с законами о третейском суде и о международном коммерческом арбитраже, а также с учетом регламентов ведущих институциональных арбитражей мира.

Качество арбитражного разбирательства зависит не только от тщательного проработанных процедурных механизмов, но и от квалификации арбитров. Поэтому список арбитров КМА состоит из ведущих казахстанских и международных специалистов в области права, кото-

рые являются признанными авторитетами не только в научных кругах, но и среди практикующих юристов.

Так, в настоящее время постоянно действующими арбитрами КМА являются 130 высококвалифицированных специалистов, почти половина из них иностранные эксперты в различных областях права Австрии, Бельгии, Великобритании, Германии, Индии, Китая, Нидерландов, Польши, России, Украины, Таджикистана, Узбекистана, Сингапура, США, Франции, Чехии, Швеции и Японии.

Учитывая высокую квалификацию арбитров, КМА может проводить рассмотрение споров на английском языке, причем даже без привлечения иностранных экспертов.

КМА предлагает сторонам использовать такой механизм альтернативного разрешения спора, как посредническое разбирательство, которое осуществляется в соответствии с Регламентом посреднического разбирательства КМА.

Согласно разработанным Правилам администрирования арбитражных (третейских) разбирательств в соответствии с Регламентом ЮНСИТРАЛ КМА может содействовать сторонам, выбравшим в качестве инструмента рассмотрения спора арбитраж *ad hoc* и компетентного органа, в предоставлении административных услуг секретарского, технического характера.

Казахстанский международный арбитраж установил партнерские отношения с ведущими арбитражными учреждениями разных стран. В их числе Китайская внешнеторговая и арбитражная комиссия (CIETAC), Японская коммерческая арбитражная ассоциация, Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ, Корейский Совет по коммерческому арбитражу (КСАВ), Международный Арбитражный суд Международной торговой палаты и др.

24 сентября 2008 г. КМА заключил Соглашение о сотрудничестве с Национальной Экономической Палатой Казахстана «Союз «Атамекен»».

В ноябре 2006 г. КМА совместно с НИИ частного права провел первый в истории Казахстана Конгресс по международному арбитражу в рамках движения за объединение арбитражных учреждений стран Азиатского региона.

В 2007 г. Казахстанский Международный Арбитраж при поддержке НИИ частного права открыл Академию Арбитража — семинары для практикующих юристов, которые проводятся на бесплатной основе. Первый семинар в рамках Академии Арбитража состоялся в январе 2007 г.

Цель Академии Арбитража — предоставить практикующим юристам актуальную информацию о законодательстве Республики Казах-

стан в сфере международного коммерческого арбитража и третейских судов, его анализ, практику применения и другие аспекты, связанные с международным коммерческим арбитражем и третейскими судами в Республике Казахстан.

По окончании каждого семинара участникам выдается сертификат НИИ частного права и Казахстанского международного арбитража, подтверждающий участие в семинаре в области международного коммерческого арбитража и арбитражных разбирательств.

Арбитражное разбирательство в Казахстане, несмотря на все трудности и преграды, продолжает развиваться и, несомненно, займет достойное место в системе способов защиты прав граждан и юридических лиц.

7.5. МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО КАК КОМПЛЕКСНАЯ ОТРАСЛЬ ЧАСТНОГО ПРАВА

Международное частное право в системе права

Вопрос о месте международного частного права (далее — МЧП) в системе права имеет давнюю историю. Он исследуется в сотнях книг и статей, автор каждого учебника по МЧП считает необходимым осветить данную проблему, высказать свою точку зрения.

Тем не менее этот вопрос до сих пор является одним из самых спорных в теории МЧП.

В настоящее время среди множества разных точек зрения на правовую природу МЧП и его место в системе права можно выделить три основных направления:

1) нормы МЧП входят в состав международного права в широком смысле слова («международники»). Эту точку зрения разделяют, например: С.Б. Крылов, М.А. Плотник, С.А. Голунский, М.С. Строгович, В.Э. Грабарь, М. Ладыженский, Ф.И. Кожевников, С.А. Калинин, В.И. Маргиев, В.И. Менжинский, И.П. Блищенко, Л.Н. Галенская, а также М. Геновский (Болгария), Мореро Кинтане (Аргентина) и др.;

2) МЧП входит в состав внутригосударственного права, а наука МЧП является одной из гражданско-правовых наук. При этом одни авторы считают, что МЧП — самостоятельная отрасль права («внутригосударственники») (А.Б. Левитин, Г.К. Матвеев, И.С. Перетерский, Л.А. Лунц, М.М. Богуславский, Л.П. Ануфриева, В.П. Звеков, Е.Т. Усенко, С. Поздняков, А.П. Мовчан, Н.В. Орлова, А.А. Рубанов, М.Г. Розенберг, а также А. Батифоль — во Франции, М. Коппенол-Ляфорс — в Нидерландах, М. Джулиано — в Италии). По мнению других авторов («цивилисты»), МЧП — это часть гражданского права

(М.М. Агарков, И.А. Гринголец, М.И. Брагинский, А.Л. Маковский, О.Н. Садилов и др.);

3) нормы МЧП состоят из двух частей, а именно из норм международно-правовых и норм внутригосударственных (сторонники «полисистемного комплекса»). Впервые это мнение высказал А.Н. Макаров, в дальнейшем оно было развито Р.А. Мюллерсоном, К.Л. Разумовым, В.Г. Храбсковым. Из западных авторов эту точку зрения разделяют Хосе де Иангус Мессиа (Испания), в какой-то степени М. Иссад¹.

Я проанализировал большинство последних учебников и научных изданий по международному частному праву и установил следующее.

Первая концепция («международники») особым успехом не пользуется. Во всяком случае, ни в одном из современных учебников эта точка зрения не поддерживается.

Есть сторонники концепции МЧП как «полисистемного комплекса» (В.В. Гаврилов, И.В. Гетьман-Павлова, Н.Ю. Ерпылева, В.А. Канашевский, Т.Н. Нешатаева, А.С. Скаридов и др.).

Однако многие авторы все же склоняются к концепции, что МЧП является внутригосударственным правом, причем подавляющее большинство относят МЧП к самостоятельной отрасли права (Л.П. Ануфриева, М.М. Богуславский, Троян Бендерский, Г.К. Дмитриева, В.П. Звеков, Ш.М. Менглиев, М.А. Сарсембаев, Г.Ю. Федосеева и др.).

И только единицы рассматривают МЧП как часть гражданского права (В.Ф. Попондопуло), да и то они гражданское право понимают широко, включая туда и семейное, и трудовое, и даже гражданское процессуальное право.

Несомненно, отношения, регулируемые МЧП, носят международный характер. Исходя из этого, появились концепции широкого понятия международных отношений, и разделения международного права на международное публичное право и международное частное право. То есть МЧП рассматривается как подотрасль международного права² или как самостоятельная отрасль в системе международного права в широком смысле слова³. Проводится деление норм международного права на публичные и частные и из этого выводится существ-

¹ Обзор литературы см., например: Международное частное право: Современные проблемы. М.: ТЕИС, 1994. С. 78; *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917). М.: Изд-во АН СССР, 1958; *Усенко Е.Т.* О научном вкладе Л.А. Лунца // Проблемы международного частного права. Сб. статей / Под ред. Н.И. Марышевой. М.: Контракт, 2000.

² См., например: *Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1947. С. 30, 32; *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917). Л., 1958. С. 463.

³ См.: *Малинин С.А.* Мирное использование атомной энергии. Междунар.-правовые вопросы. М., 1971.

вание двух правовых систем — международного публичного права и международного частного права¹.

Тем не менее, сторонники рассмотрения МЧП как международного права не могут не признать того очевидного факта, что коллизионное право является национальным правом каждого государства, и регулируется по-разному в различных национальных правовых системах. Неясно также, как быть с материальным правом, регулирующим отношения с иностранным элементом, которое явно тяготеет к МЧП.

Собственно, попыткой выйти из этого тупика явилось создание концепций, рассматривающих МЧП как полисистемный юридический комплекс, состоящий из двух частей: международного права и внутригосударственного права².

Эта точка зрения высказывалась и в зарубежной литературе. Например, алжирский юрист М. Иссад вслед за французскими международниками признает, что МЧП является внутригосударственным по своим источникам, в то время как по своим объектам оно международное³.

Еще И.С. Петерский обратил внимание на разный смысл, который вкладывается в слово «международный» применительно к международному публичному праву и международному частному праву⁴. Термин «международное» в первом случае понимается в смысле межгосударственное, во втором — в смысле регулирования отношений с иностранным элементом⁵.

Общее состоит в том, что речь в обоих случаях идет о международных отношениях в широком смысле слова, т.е. отношениях, выходящих за пределы одного государства, связанных с двумя или несколькими государствами. Но нормы международного частного права регулируют не публично-правовые, а частноправовые отношения. Международные они лишь в том смысле, что являются отношениями, осложненными иностранным элементом. Международное публичное право (или общее международное право) — самостоятельная правовая система (подси-

¹ См.: *Нешатаева Т.Н.* К вопросу о правовых системах, регулирующих международные отношения // Российский ежегодник международного права. 1993–1994. СПб.: Социально-коммерческая фирма «Россия-Нева», 1995. С. 57–58.

² См., например: *Макаров А.К.* Основные начала международного частного права. Л., 1924. С. 25–26; *Мюллерсон Р.А.* О соотношении международного публичного и международного частного права // Советское государство и право. 1982. № 2. С. 114–124; *Храбсков В.Г.* Международное частное право в системе общего международного права // Правоведение. 1982. № 6. С. 38; *Фельдман Д.И.* Система международного права. М., 1983. С. 38; *Нешатаева Т.Н.* Указ. соч. С. 54–58.

³ См.: *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989. С. 6–10.

⁴ *Петерский И.С.* Система международного частного права // Советское государство и право. 1945. № 8–9. С. 12–30.

⁵ См.: *Международное частное право: Современные проблемы.* М.: ТЕИС, 1994. С. 80.

стема особой межгосударственной системы). Международное частное право — это составная часть внутренней правовой системы каждого государства. Нормы международного частного права создаются государством самостоятельно¹.

В современном мире существует два вида систем права — международное право и национальные системы, и МЧП является частью национальных систем права разных государств².

В силу этого я считаю, что МЧП может принадлежать только к внутригосударственному праву. Однако, несмотря на множественность последователей этой точки зрения, какой-то определенности в этом пока не достигнуто. Дело в том, что, во-первых, взгляд на место МЧП в системе права высказывается авторами в основном в учебной литературе и никакой теоретической аргументации при этом не приводится.

Специальных теоретических исследований данной проблемы было за многие годы развития науки МЧП в России и Казахстане не так уж и много³.

Во-вторых, исследователи проблем МЧП не совсем полно и точно используют идеи и наработки теории права и теории гражданского права, за немногими исключениями (Л.П. Ануфриева, Т.Н. Нешатаева, А.Л. Маковский и др.). Между тем определить место МЧП в системе права невозможно без использования теории права.

К сожалению, это в полной мере относится и к теории «полисистемного комплекса». Хотя сторонники этой теории не признают этого прямо, в принципе она сводится именно к комплексности. И без применения положений о комплексных образованиях в системе права вряд ли может быть понята теория «полисистемного комплекса».

Суть этой теории наиболее выпукло представила Т.Н. Нешатаева. Есть две моносистемы: национальное право (более 200) и международное публичное право. Однако кроме моносистем выделяются еще полисистемы, состоящие из разнородных системообразующих

¹ См.: Лукашук И.И. Международное право: Учебник. Общая часть. М.: БЕК, 1996, С. 4—5; Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 4-е изд. М.: Юристъ, 2003. С. 30; Международное право: Учебник / Под ред. Г.И. Тункина. М.: Юрид. лит., 1994. С. 4—11.

² См.: Международное воздушное право. М., 1980. Кн. 1. С. 10, 15 (автор главы — А.П. Мовчан).

³ Из монографических исследований следует отметить, например, «Международное частное право. Современные проблемы» (М.: ТЕИС, 1994); Нешатаева Т.Н. Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. Л.: Дело, 1998; Ануфриева Л.П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. М.: Спарк, 2002; Канашевский В.Л. Международные нормы и гражданское законодательство России. М.: Международ. отн., 2004; и др.

элементов, возможно, не обладающих структурным единством, но определенно взаимосвязанных и влияющих друг на друга. К системам такого типа (полисистемам) относится, например, система «природа — общество». Такой полисистемой является МЧП. МЧП представляет собой полисистемный юридический комплекс, включающий нормы, имеющие источник в национальном праве разных государств, а также в международном публичном праве¹.

Таким образом, международное частное право — это некая третья полисистема, существующая наряду с двумя моносистемами — национальным правом и международным правом. Однако нет ответа на вопрос, где же она существует — эта полисистема.

Включает ли она в себя целиком обе моносистемы, как это происходит в случае с полисистемой «природа — общество»? Видимо, нет, не может она включать все системы целиком, ибо тогда МЧП будет какая-то сверхсуперотрасль (поэтому ссылка на полисистему «природа — общество», на мой взгляд, некорректна). Или она гнездится где-то сверху или сбоку этих двух моносистем?

Ответа на этот вопрос нет, и, мне кажется, термин «полисистемный комплекс» — это просто красивая фраза, придуманная для того, чтобы скрыть проблему вместо того, чтобы решать ее.

Апофеозом этой теории, или доведением до абсурда является утверждение В.В. Гаврилова о том, что международное частное право не является частью какой бы то ни было системы права, а представляет собой полисистемный комплекс, который состоит из норм как национального, так и международного права. При этом соответствующие нормы не исключаются из национально-правовых систем или из международного публичного права.

Таким образом, МЧП является искусственным образованием, которое нельзя рассматривать ни как часть международного, ни как часть внутригосударственного права. Не образует оно и собственной системы права, так как само состоит из норм различных правовых систем. Международное частное право — это скорее учебно-методический и научный термин, который применяется для обозначения совокупности правовых норм международного и национального происхождения, находящихся в тесном взаимодействии и регулирующих особую группу относительно обособленных общественных отношений международного невластного характера².

¹ См.: *Нешатаева Т.Н.* Международное частное право и Международный гражданский процесс: Учебный курс в 3 частях. М.: Городец, 2004. С. 23–27; *Она же.* Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. М.: Дело, 1998. С. 47–53.

² См.: *Гаврилов В.В.* Международное частное право. М.: Норма, 2000. С. 13.

Не совсем понятна позиция В.Г. Храбровского. С одной стороны, он рассматривает МЧП как подсистему международного права, с другой стороны, он утверждает, что на данный момент нет оснований говорить о существовании такой отрасли, как МЧП. Попытки объединения разносистемных норм, по его мнению, противоречат принципам построения системы права. Трудно не прийти к выводу, что сформулированная таким путем отрасль права — международное частное право — есть довольно искусственная, характеризующаяся эклектизмом конструкция¹.

В литературе по МЧП сторонники полисистемного комплекса уже делают попытки решить эту проблему с помощью понятия комплексного характера МЧП, хотя о комплексной отрасли права пока еще не говорят.

Например, Н.Ю. Ерпылева пишет: «Что же касается природы МЧП, то на современном этапе его развития стал абсолютно очевиден ее комплексный характер и невозможность втиснуть МЧП ни в рамки внутригосударственного (национального), ни в рамки международного публичного права. МЧП — совершенно самостоятельное правовое образование, имеющее собственный предмет регулирования, отличный от любых иных правовых систем (будь то национальная или международная)»².

Жаль только, что Н.Ю. Ерпылева не объяснила, где же находится МЧП, если в мире, кроме национальных и международной, других систем нет.

Между тем если признать справедливыми утверждения сторонников полисистемного комплекса, что МЧП объединяет нормы международного публичного и национального права, то эту проблему они элементарно могли бы решить с помощью теории комплексных отраслей права. С этой точки зрения МЧП выступает как комплексная отрасль права, включающая в себя часть норм международного публичного права и часть норм национального права. Причем эти нормы остаются в основных отраслях права, но в то же время объединяются по принципу удвоения структуры права в дополнительной структуре — комплексной отрасли — международное частное право.

Однако нет необходимости, на мой взгляд, в конструировании комплексной отрасли в таком ракурсе, ибо не существует других

¹ См.: Храбровский В.Т. Международное частное право в правовой системе // Государство и право. 2006. № 2. С. 50–51.

² См.: Ерпылева Н. Предмет и метод международного частного права. Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. BWV. Berliner Wissenschafts-Verlag. С. 37–38.

правовых систем, кроме международного публичного права и национального права. МЧП хотя и имеет двойственный характер источников, является национальным правом. Международные договоры входят в национальную систему права (п. 1 ст. 4 Конституции РК). Международные договоры являются источником как международного публичного права (МПП), так и МЧП. Однако для МПП не имеет ровно никакого значения, включен ли договор во внутригосударственное право. Государство интересуется только сам международный договор и не интересуется внутреннее право другого государства — участника этого договора — и каким образом существует договор в этой внутренней системе.

Другое дело — МЧП, регулирующее отношения между частными субъектами разных государств. Для того, чтобы международный договор мог регулировать эти отношения, он обязательно должен быть включен во внутреннее право этих государств. Иначе он просто не сможет функционировать в сфере МЧП.

Соотношение МЧП, международного гражданского процесса и международного арбитражного права

Сложным и до сих пор нерешенным является вопрос о соотношении международного частного права, во-первых, с международным гражданско-процессуальным правом, во-вторых, с международным арбитражным (третейским) правом.

Ряд авторов включают международное арбитражное (третейское) право (МАП) в международный гражданский процесс (МГП), а МГП, в свою очередь, — в МЧП¹.

В то же время распространены и взгляды, выводящие МГП за пределы МЧП.

При этом, естественно, первое, что приходит на ум, — это то, что МГП является составной частью гражданского процессуального права. Некоторые авторы на этом и останавливаются².

Другие авторы, признавая данный факт, стремятся тем не менее выявить несомненно существующие связи между МЧП и МГП и находят их в сфере правоведения или учебной дисциплины.

¹ См., например: *Нешатаева Т.Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебный курс в 3 частях. М.: Городец, 2004. С. 380; *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: Учебник. В 3 т. М.: БЕК. Т. 1. 2000. С. 86; Т. 3. 2001. С. 280; *Менглиев Ш.М.* Международное частное право. Ч. 1. Душанбе: Девашич, 2002. С. 24–27.

² См.: *Стальев Ж.* Болгарское гражданское процессуальное право. София, 1966. С. 686; *Дробязкина И.В.* Международный гражданский процесс: проблемы и перспективы. СПб.: Изд-во Р. Асланова, Юрид. Центр Пресс, 2005. С. 19; *Шак Х.* Международное гражданское процессуальное право: Учебник. Пер. с нем. М.: БЕК. С. 5, 10.

Этот подход можно обнаружить еще у Л.А. Лунца, который считал, что проблемы международного гражданского процесса относятся к гражданскому процессу как отрасли права. Однако если говорить об отрасли правоведения, то указанные проблемы следует отнести к науке международного частного права (как ее особого подраздела)¹.

Встречаются попытки и здесь применить концепцию полисистемного комплекса. В частности, А.Ф. Воронов считает, что международный гражданский процесс не является составной частью международного частного права. Международный гражданский процесс, по его мнению, есть межсистемный комплекс норм, содержащихся во внутреннем праве государства и в международных договорах с участием этого государства, регулирующий гражданские процессуальные отношения с иностранным элементом².

Необходимо отметить, что исследователи места МЧП и МГП в системе права не всегда четко проводят различие между системой права, системой законодательства, системой правоведения (науки), системой учебной дисциплины. Это приводит порой к неверным выводам.

Например, анализируя взгляды П.Е. Недбайло, И.В. Дробязкина считает, что, по его мнению, МГП — это самостоятельная отрасль права, между тем из приведенной его цитаты из работы П.Е. Недбайло вытекает только то, что он говорит о возникновении новых самостоятельных юридических наук. То есть речь идет о системе юридических наук (правоведении), но не о системе права. Подобную же путаницу И.В. Дробязкина допускает при анализе взглядов Л.А. Лунца на МГП в системе права и системе правоведения³.

Специалистами в сфере МЧП мало внимания обращается на то, к какой сфере права — публичного или частного — относится международный гражданский процесс. Т.Н. Нешатаева выделяет две черты МГП: процесс необходим для определения и защиты гражданских прав личности; процесс носит публичный характер, поскольку связан с реализацией властных полномочий государственного или межгосударственного органа⁴.

Именно из того факта, что МГП относится к публичному праву, вытекает, по мнению В.Ф. Попондопуло, правильность утверждения,

¹ См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 3: Лунц Л.А., Марышева Н.И. Международный гражданский процесс. М.: Спарк, 2002. С. 767; Впоследствии эти идеи были развиты Н.И. Марышевой (См.: Международное частное право: Учебник / Отв. ред. Н.И. Марышева. М.: Юрист, 2004. С. 512–513).

² См.: Воронов А.Ф. Признание и исполнение иностранных судебных решений в СССР: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1987. С. 5.

³ См.: Дробязкина И.В. Указ. соч. С. 12, 14.

⁴ См.: Нешатаева Т.Н. Международный гражданский процесс: Учеб. пособие. М.: Дело, 2001. С. 13.

что МГП лишь формально относится к МЧП, а по существу, входит в состав национального гражданского процесса¹.

По мнению Х. Шака, праздным является вопрос, относится международное гражданское процессуальное право к частному или публичному. Хотя преимущественно его считают, как и процессуальное право вообще, частью публичного права, тем не менее в нем сильны частноправовые элементы. Его цель скорее частноправовая, в то время как средства, которыми он пользуется, скорее публично-правовые. С этой точки зрения вряд ли следует причислять международный гражданский процесс к той или другой отрасли, он должен быть выделен как самостоятельная правовая материя².

Между тем, на мой взгляд, именно отнесение к публичному праву или частному праву является основным критерием включения или невключения МГП в состав МЧП.

Правовую природу гражданского процессуального права я уже проанализировал выше и установил, что оно относится к публичному праву³. Для меня также несомненным фактом является то, что международный гражданский процесс является институтом национального гражданского процесса и относится к публичному праву.

Исходя из неопровержимого факта, что МГП относится к публичному праву, не может быть признана правильной возможность включения его в состав международного частного права. МЧП целиком находится в сфере частного права, и публично-правовые институты в него входить не могут.

Практический вывод из этого следует такой: МЧП и МГП являются самостоятельными правовыми образованиями — МЧП как самостоятельная комплексная отрасль внутригосударственного частного права и МГП как институт внутригосударственного гражданского процесса.

В сфере правоведения в силу наличия очевидной общности МЧП и МГП как регулирующих отношения, осложненные иностранным элементом, изучение и преподавание МГП должно проводиться в рамках науки и учебного курса «Международное частное право».

Иной подход должен быть к международному арбитражному (третейскому) праву.

Арбитражные (третейские) суды создаются по воле сторон, являются негосударственными и не входят в систему правосудия.

¹ См.: Международное коммерческое право: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.Ф. Попондопуло. М.: Омега-Л, 2004. С. 11.

² См.: Шак Х. Указ. соч. С. 5; Эти же аргументы повторяет Л.П. Ануфриева (См.: Ануфриева Л.П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. М.: Спарк, 2002. С. 383).

³ См.: § 6.3 настоящей работы.

Арбитражное (третейское) право является частноправовым способом защиты гражданских прав, целиком лежит в сфере частного права, и не может быть включено в гражданский процесс, хотя почти во всех учебниках по гражданскому процессу третейское разбирательство автоматически включают в состав гражданского процесса.

Арбитражное (третейское) право представляет собой институт самостоятельной отрасли внутригосударственного права¹ — частного процессуального права. Национальное третейское право является институтом национального частного процессуального права. Международное право является институтом международного частного процессуального права, которое, в свою очередь, входит как институт в международное частное право как комплексную отрасль частного права².

Состав институтов, входящих в МЧП

Существует два принципиальных подхода к определению МЧП: широкое и узкое толкование.

Традиционным является широкое понимание МЧП, т.е. включение в его состав помимо собственно гражданского права, семейного права, трудового права и международного гражданского процесса.

В то же время существует и узкое толкование предмета МЧП, когда под МЧП понимается только гражданское право. Сторонники этой точки зрения считают, что гражданско-правовой характер предмета МЧП не позволяет включать в него смежные категории семейного, трудового и процессуального права. Наличие гражданско-правовых категорий в любой отрасли права ни в коем случае не делает эти отрасли гражданско-правовыми. Они регулируют самостоятельные области общественных отношений — семейные, трудовые, процессуальные³.

Определенный смысл в этих аргументах есть. В любом варианте, как бы мы ни рассматривали понятие МЧП, в системе норм, регулирующих частноправовые отношения, будет выделяться блок

¹ О.Ю. Скворцов называет третейское разбирательство комплексным правовым институтом, независимым от гражданского процессуального права. Это определенный шаг вперед, но не отвечает на вопрос о месте третейского разбирательства в системе права (*Скворцов О.Ю.* Институт третейского разбирательства в российском праве // Правоведение. 2004. № 1. С. 149—163).

² О частном процессуальном праве см. § 7.4 настоящей работы.

³ См.: *Храбсков В.Г.* О концепции «гражданско-правового характера отношений» в международном частном праве и некоторых дискуссионных вопросах хозяйственного права // Государство и право. 1997. № 12. С. 89; *Ертылева Н.Ю.* Международное частное право: Учебник для вузов. М.: NOTA BENE, 1999. С. 8—12; *Андреева М.А.* Соотношение и взаимодействие международного частного права и трудового права России в вопросах регулирования трудовых отношений с участием иностранцев. Международное частное трудовое право // Государство и право. 2002. № 9. С. 64—70.

гражданского права. Недаром еще Ф.Ф. Мартенс, который заложил основы концепции МЧП в России, в своем фундаментальном труде «Современное международное право цивилизованных народов» (впервые издано в 1882—1883 гг.) говорил о «международных гражданских правоотношениях»¹.

В то же время это не означает, что МЧП следует ограничить только гражданским правом. Что касается семейного и трудового права, то исторически они вышли из гражданского права и во многих странах и сейчас находятся в составе гражданского права. В настоящее время необходимо после очищения этих отраслей от идеологических и административно-командных напластований эпохи развитого социализма вернуть их в лоно гражданского права. Эти идеи пробивают себе дорогу в законодательстве (например, в ГК Грузии целиком включено семейное право) и убедительно аргументируются в юридической литературе².

Но даже если и рассматривать семейное и трудовое право отдельно от гражданского права, все равно они входят в состав частного права. Поэтому нет видимых причин не включать международное семейное и трудовое право в состав международного частного права.

Сложнее обстоит дело с международным гражданским процессом. Существуют различные точки зрения на место международного гражданского процесса в системе международного частного права³. То же касается международного коммерческого арбитража, как бы его ни рассматривать: или как самостоятельный правовой институт, или как часть международного гражданского процесса.

Однако некоторые авторы пытаются включить в предмет правового регулирования МПЧ также отношения в валютной, финансовой, налоговой и таможенной сферах⁴. М.А. Сарсембаев также включает в предмет МЧП финансово-правовые отношения⁵. С этим согласиться нельзя. Налоговые, валютные, финансовые и таможенные отношения

¹ См.: *Мартенс Ф.Ф.* Современное международное право цивилизованных народов. Т. 2. М., 1996. С. 176.

² См., например: *Брагинский М.И.* О месте гражданского права в системе «право публичное — право частное» // Проблемы современного права: Сб. статей. М.: Городец, 2000. С. 74—80; *Международное частное право: Учебник* / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Проспект, 2000. С. 10—11.

³ См. об этом: *Международное частное право: Учебник* / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Проспект, 2000. С. 558—560; *Ануфриева Л.П.* Международное частное право. Т. 1. Общая часть: Учебник. М.: БЕК, 2000. С. 96—102.

⁴ См.: *Бекешев К.Л., Ходаков А.Г.* Международное частное право: Сб. документов. М., 1997. С. IX.

⁵ См.: *Сарсембаев М.А.* Международное частное право: Учеб. пособие. 2-е изд. Алматы: Гылым, 1998.

являются частью не частного, а публичного права, и едва ли возможно научно доказать обратное¹.

Таким образом, определение МЧП как самостоятельной отрасли внутригосударственного права или как части гражданского права зависит от того, как мы будем рассматривать само гражданское право. Если гражданское право понимается в широком смысле с включением в него семейного и трудового права, то тогда МЧП будет частью гражданского права.

Если рассматривать гражданское право, семейное право, трудовое право, частное процессуальное как отдельные отрасли права, то МЧП будет самостоятельной отраслью права.

Однако и в том, и в другом случае остается открытой проблема определения места МЧП в системе права.

Не скрою, мне импонирует первая точка зрения. И семейное, и трудовое право должны войти в состав гражданского права, откуда они и вышли. Однако в настоящее время ситуация такова (во всяком случае, в Казахстане), что и семейное и особенно трудовое право рассматриваются как самостоятельные отрасли права. Как самостоятельное правовое образование, никак не могущее войти в состав гражданского права, рассматривается частное процессуальное право.

При этих условиях встает вопрос, как МЧП, являясь частью этих самостоятельных отраслей права, может само быть самостоятельной отраслью права?

Решение этого вопроса невозможно, на мой взгляд, без признания наличия комплексных образований в системе права.

Выводы

Таким образом, МЧП надо рассматривать как комплексную отрасль права. В него входят части норм гражданского права, семейного права, трудового права, частного процессуального права. Объединяющим признаком этих норм (системообразующим фактором) является то, что они регулируют отношения, осложненные иностранным элементом. При этом эти нормы остаются в составе гражданского, семейного, трудового, частного процессуального права, но на другом уровне, в рамках удвоения структуры права, они включаются также в международное частное право.

Вместе с тем комплексность МЧП имеет существенные особенности. Если большинство комплексных отраслей права (предпри-

¹ См.: *Садиков О.Н.* Достоинства и недочеты нужной книги // Журнал российского права. 1998. № 4/5. С. 294–295; *Ерпылева Н.Ю.* Международное частное право: Учебник для вузов. М.: NOTA BENE, 1999. С. 9–10.

нимательское право, инвестиционное право, экологическое право и т.п.) объединяет в себе нормы отраслей частного и публичного права (в основном гражданского и административного), то в состав МЧП входят нормы только частного права (гражданского, семейного, трудового, частного процессуального).

МЧП остается в составе основных отраслей частного права, но в то же время оно выступает как комплексная отрасль, так как состоит из норм всех других отраслей частного права.

Международное частное право является внутригосударственной комплексной отраслью частного права, нормы которой регулируют отношения, осложненные иностранным элементом и которая включает в себя институты отраслей частного права: международное гражданское право, международное семейное право, международное трудовое право, международное процессуальное право.

ГЛАВА 8. ВТОРИЧНАЯ СТРУКТУРА (КОМПЛЕКСНЫЕ ОТРАСЛИ) ПРАВА

8.1. ПОНЯТИЕ КОМПЛЕКСНОЙ ОТРАСЛИ ПРАВА

Существуют ли комплексные отрасли права?

Вопрос о комплексных отраслях и институтах в системе права давний и имеет свою историю. В свое время В.К. Райхер высказал мнение, что система права строится в нескольких плоскостях¹, однако это высказывание в литературе подвергалось неоднократно резкой критике, хотя некоторые авторы поддерживали эту идею в той или иной форме². Ю.К. Толстой, например, признавший наличие комплексных отраслей, считал, однако, что комплексная отрасль не существует объективно в системе права, а лишь выделяется при системе права в научных, педагогических и практических целях³. При таком понимании комплексная отрасль перестает быть отраслью права и находится вне системы права.

Постепенно эта идея получает развитие, особенно в связи с кодификацией законодательства. В наиболее законченной форме теорию наличия комплексных общностей в системе права развил и обосновал С.С. Алексеев⁴.

По мнению С.В. Полениной, отрицание существования комплексных отраслей не должно автоматически влечь за собой, как это утверждается в литературе⁵, непризнание комплексных правовых институтов⁶.

¹ См.: Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. М., Л.: Изд-во АН СССР, 1947. С. 186.

² См.: Гуревич И.С. Очерки советского банковского права. Л.: Изд. ЛГУ, 1959. С. 9; Шаргородский М.Д., Иоффе О.С. Вопросы теории права. М., 1961. С. 362–365. О.С. Иоффе впоследствии пересмотрел свою точку зрения (см.: Систематизация хозяйственного законодательства. М., 1971. С. 56).

³ См.: Толстой Ю.К. О теоретических основах кодификации гражданского законодательства // Правоведение. 1977. № 1. С. 45; Он же. Кодификация гражданского законодательства в СССР (1961–1965 гг.): Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. Л., 1970. С. 12.

⁴ См.: Алексеев С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права. М.: Госюриздат, 1961. С. 82–123; Он же. Общетеоретические принципы исследования структуры права // Советское государство и право. 1971. № 3. С. 43–47; Он же. Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 143–148; Он же. Структура советского права. М., 1975. С. 14–15, 184–207.

⁵ См., например: Систематизация хозяйственного законодательства / Отв. ред. проф. С. Н. Братусь М.: Юрид. лит., 1971. С. 56–57; Керимов Д.А. Философские проблемы права. М.: Мысль, 1972. С. 300–302.

⁶ См.: Поленина С.В. Теоретические проблемы системы советского законодательства. М., 1973. С. 142. Такой точки зрения придерживался одно время С.С. Алексеев (см.: Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. Вып. 1. Свердловск, 1963. С. 231).

Как отмечает С.В. Поленина, определенная совокупность тяготеющих друг к другу комплексных межотраслевых пограничных институтов лишь только тогда и постольку могут рассматриваться как новая отрасль права, когда и поскольку в ней выявились качественно новые свойства, касающиеся предмета, метода, специфических принципов, механизма правового регулирования и т.д. Однако в таком случае эта новая отрасль права уже не будет иметь комплексный характер¹.

Данная позиция несколько противоречива. Признание комплексности на одном уровне должно влечь за собой признание комплексности и на другом уровне. Намеченный С.В. Полениной путь становления новых отраслей не совсем убедителен. В частности, она говорит о природоохранительном праве как группе межотраслевых, пограничных институтов в основном земельного, водного и некоторых других отраслей права. В то же время, по ее мнению, эти институты по мере развития охраны природы превратятся в самостоятельную отрасль права — природоохранительное право². Однако, если это будет основная отрасль, значит, все нормы об ответственности будут изъяты полностью из земельного, горного, лесного права и других отраслей. Видимо, об этом сейчас говорить невозможно, ибо такие отрасли права, как земельное, водное и пр., перестают быть отраслью, если они не содержат в себе самих охранительных норм. Поэтому, видимо, следует говорить о формировании природоохранительного права как комплексной отрасли.

Однако и среди этих ученых наблюдается известный сдвиг в пользу комплексных общностей. В частности, О.А. Красавчиков, который в своей статье отрицает не только комплексные отрасли права, но и комплексные отрасли законодательства, выдвигает положение о наличии функциональных правовых массивов³. Но что такое этот функциональный правовой массив? Он должен быть расположен или в системе права или в системе законодательства. И тогда он будет или комплексной отраслью (институтом) права, или комплексной отраслью (институтом) законодательства.

Несколько противоречива позиция В.Ф. Яковлева. Признав наличие комплексных межотраслевых отраслей законодательства, он пытается в то же время каким-то образом внедрить их в структуру права, объявив их вторичными правовыми образованиями и признав

¹ См.: Поленина С.В. Теоретические проблемы системы советского законодательства. М., 1973. С. 142. Такой точки зрения придерживался одно время С.С. Алексеев (см.: Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. Вып. 1. Свердловск, 1963. С. 231).

² См.: Поленина С.В. Указ. соч. С. 142.

³ См.: Красавчиков О.А. Система права и система законодательства (гражданско-правовой аспект) // Правоведение. 1975. № 2. С. 62–71.

не столь существенными расхождения между сторонниками и противниками комплексных отраслей права. Но если он все-таки оставляет эти образования в системе законодательства, то незачем говорить о вторичной структуре в системе права. Непонятно также, на чем тогда основано совершенно правильное утверждение В.Ф. Яковлева о том, что комплексное законодательство имеет столь же прочные объективные основания, сколь и законодательство отраслевое, и что же все-таки является объективной основой комплексных общностей законодательства, если не комплексные общности в системе права¹.

Совершенно оригинальную концепцию соотношения системы права и системы законодательства высказал А.Ф. Шебанов. По его мнению, возможно существование комплексных отраслей права, но нет комплексных отраслей законодательства. Такое понимание вытекает из проведенного им подразделения системы законодательства на федеративную систему законодательства и систему отраслей законодательства. Система отраслей делится, в свою очередь, на «общеправовые» и «управленческие» отрасли. Основаниями их построения являются соответственно система отраслей права и система отраслей государственного управления (в сферах обороны, здравоохранения, народного образования, внешнеэкономических связей и т.д.). Каждый нормативный акт находится в одной отрасли (общеправовой или управленческой) и не повторяется в другой².

По данной концепции нормативные акты в сфере народного образования относятся к управленческой отрасли как самостоятельной отрасли законодательства. В то же время в системе права нормы в сфере народного образования будут составлять комплексную отрасль права: т.е. относиться одновременно и к основным отраслям (административное, гражданское, финансовое право и т.д.), и к образовательному праву.

Разграничение отраслей законодательства является большим научным достижением А.Ф. Шебанова, это позволит по-новому посмотреть на многие аспекты соотношения системы права и системы законодательства. В то же время имеет место, на наш взгляд, некоторый отрыв формы от содержания, получается так, что административное право как отрасль права выражается очень малой частью в собственно административном законодательстве и основной частью в различных управленческих отраслях. Но все эти нормативные акты управленческих отраслей уже административным законодательством не являются.

¹ См.: Яковлев В.Ф. Отраслевая дифференциация и многоотраслевая интеграция как основы системы законодательства // Правоведение. 1975. № 1. С. 16–23.

² См.: Шебанов А.Ф. Система отраслей законодательства: основания построения // Правоведение. 1976. № 4. С. 15–25.

Все это не соответствует высказыванию самого А.Ф. Шебанова, что законодательство выступает формой самого существования правовых норм, средством их организации, что рассматриваемое в указанном аспекте законодательство и есть право¹.

Этому утверждению больше соответствовало бы признание вслед за комплексными отраслями права и комплексных отраслей законодательства. Выделение управленческих отраслей в качестве комплексных больше соответствовало бы их действительному положению.

Как комплексная отрасль сформировалось право социального обеспечения (из административного, трудового, колхозного права). Но оно уже переходит в разряд основных — специфические правовые связи, своеобразный правовой статус, принятие кодифицированных актов (Закон о государственных пенсиях, Закон о пенсиях и пособиях колхозникам, Основы законодательства Союза ССР и союзных республик)².

В то же время при исследовании новых правовых общностей нельзя смешивать систему права и систему законодательства. Скажем, законодательство о народном образовании можно назвать комплексной отраслью законодательства. Но для этого не надо доказывать наличие однородных отношений, единый предмет правового регулирования, называть его правовой общностью³. Все это относится к системе права. Хотя признание комплексной отраслью законодательства должно влечь за собой признание определенной правовой общности и в системе права. В то же время признание его комплексной отраслью права не влечет за собой необходимости доказывания однородных отношений. Отношения разнородные, остаются в составе гражданского, административного и других отраслей права, объединяются во вторичной, насаивающейся структуре.

С.С. Алексеев правильно отмечает, что праву, как и иным целостным системным образованиям, свойственна некоторая иерархия структуры. В литературе на это обращали очень мало внимания.

При построении своей концепции об удвоении структуры права⁴ С.С. Алексеев исходил из реальной правовой действительности, которая не укладывалась в одноплоскостную структуру.

Из этого вытекает возможность наличия в структуре права вторичных, комплексных образований. В одной из последних версий

¹ См.: *Шебанов А.Ф.* Система отраслей законодательства: основания построения // Правоведение. 1976. № 4. С. 16.

² См.: *Алексеев С.С.* Структура советского права. С. 200—201.

³ Когда С.С. Алексеев говорит в данном случае о комплексной общности, он имеет в виду именно систему права, а не законодательства (Там же. С. 224—225).

⁴ См.: *Алексеев С.С.* Структура советского права, С. 23, 28; *Он же.* Теория права. М.: БЕК, 1993. С. 110.

С.С. Алексеева изложение этой концепции выглядит следующим образом: в правовой системе наряду с основными подразделениями, которые обособляются по юридическим режимам, выраженным в особых отраслевых методах и механизмах регулирования, имеются образования комплексного характера такие, как морское право, банковское право, хозяйственное право, природоохранительное право.

Эти образования являются комплексными в том смысле, что нормы, в них входящие, не связаны единым методом и механизмом регулирования, почти все они имеют «прописку» в основных отраслях (например, нормы морского права можно совершенно точно распределить по таким основным отраслям, как административное право, гражданское право, земельное право, процессуальное право).

Юридические нормы, входящие в комплексные образования, остаются по своим исходным моментам в главной структуре, в основных отраслях, и на них распространяются общие положения соответствующих основных отраслей. Во вторичную структуру они входят, все время будучи нормами, например, гражданского, уголовного, административного, трудового права¹.

Такие положения вытекают в общем из философских основ структурного подхода к объекту: «В действительности не существует элемента, связанного только с той или иной конкретной структурой. Элемент всегда различными группами своих сторон входит в несколько структур одновременно и при своем истолковании обязательно требует учета специфики взаимосвязи между этими структурами»²; «Одни и те же элементы, взаимодействуя различными сторонами, могут образовывать различные системы»³.

Конечно, эти положения нельзя полностью применять к такому специфическому объекту, как право, но следует признать наличие отраслей права и правовых институтов, объединенных в различные системы и вследствие этого перекрещивающихся друг с другом.

Наличие иерархии структур применительно к правовым образованиям может быть объяснено, на наш взгляд, именно тем, что на структуру права действует одновременно несколько системообразующих факторов⁴, что связано со сложностью и многофакторностью общественных отношений.

¹ См.: Алексеев С.С. Теория права. М.: БЕК, 1993. С. 109–110; *Он же*. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 46.

² См.: Свидерский В.И., Зобов Р.А. Новые философские аспекты элементарно-структурных отношений. Л.: ЛГУ, 1970. С. 13.

³ См.: Аверьянов С.С. Категория «система» в диалектическом материализме. М., 1974. С. 21.

⁴ См.: Алексеев С.С. Структура советского права. С. 47.

Поэтому можно проводить классификацию отраслей права по различным основаниям и определять их в различных структурах в зависимости от системообразующего фактора, который мы в данном случае применяем. Разумеется, нельзя проводить выделение структур комплексных отраслей и институтов по любым основаниям, это ведет к субъективизму и, кроме путаницы, ничего дать не может.

Системообразующие факторы должны быть внешними для системы, в которой они применяются, должны основываться на объективных признаках, определяющихся в данном случае общественными отношениями, которые право регулирует. Системообразующие факторы должны быть достаточно существенны, чтобы основанная на них система отражала не просто объективные, а глубинные, существенные признаки объекта.

С.С. Алексеев выделяет главный системообразующий фактор, который и является основанием реального выделения соответствующей структурной единицы (отрасли, институты и т.д.). Возможны и дополнительные системообразующие факторы, но на их основе выделяются комплексные правовые общности, вторично наслаивающиеся образования.

Положение о комплексных отраслях права является в настоящее время достаточно банальным и приводится в большинстве учебников по теории права. Однако это положение зачастую приводится как факт, без особой аргументации. Говорится, например, что здесь мы имеем дело с возрастающим значением в жизни общества отдельных правовых институтов, которые перерастают свои рамки, превращаясь в более или менее самостоятельные отрасли¹.

А.В. Мицкевич считает, что разделение права на отрасли, институты, иные структурные элементы по предмету и методу регулирования проводится в основной, главной юридической структуре предметной дифференциации права и законодательства. Вторичная структура права и законодательства состоит из образования комплексных массивов (или комплексов и массивов) правовых норм различных отраслей права и законодательства (морское право, сельскохозяйственное право, законодательство о промышленности, связи, информатизации и т.п.). В таких комплексных объединениях правовых норм главным является не выделение особых юридически дифференцированных отраслей права, а, наоборот, интеграция специальных для той или иной сферы деятельности общества (отрасли хозяйства, управления, культуры, образования, здравоохранения и т.п.) разнородных норм права, т.е. норм,

¹ См.: Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. Нижний Новгород, 1993. С. 249–350.

различных по первоначальной юридической дифференциации права и законодательства¹.

Из особенностей вторичной структуры в литературе делается вывод, что вторичные образования — это не комплексные отрасли, а комплексные правовые формы. Более того, на этой основе высказываются возражения против концепции удвоения структуры права².

Данная позиция страдает противоречивостью. С одной стороны, говорится о невозможности удвоения структуры права, с другой стороны, признается наличие в структуре права неких образований (комплексных правовых норм), в которые входят нормы основных отраслей. То есть эти нормы и институты входят одновременно и в основные отрасли, и в комплексные правовые общности. Можно, конечно, и основные отрасли, и комплексные правовые общности расположить в одной плоскости, но искусственность такого построения, на мой взгляд, очевидна.

Гораздо логичнее выглядит конструкция наличия вторичной, наплавающейся на основные отрасли, структуры. А как называть эти вторичные структуры — комплексные отрасли или комплексные правовые общности — не столь существенно.

Естественно возникает вопрос: что представляет собой эта комплексная правовая общность, если она находится в структуре права? Три основных элемента составляют структуру права: норма права, правовой институт, отрасль права. К какому из этих образований относится эта комплексная правовая общность? Видимо, это должно быть или комплексным правовым институтом, или комплексной правовой отраслью. Или хотя бы стремиться к тому, чтобы стать таким правовым образованием.

С.С. Алексеев считает, что для формирования комплексной отрасли права необходимо наличие комплексного акта, затрагивающего целые сферы социальной жизни или их участки³. Это верно в большинстве случаев, но вполне вероятно также и формирование комплексной отрасли права при отсутствии единого комплексного акта⁴. Это возможно в случае, если существует достаточно сильный системообразующий

¹ См.: *Мицкевич А.В.* Система права и система законодательства: развитие научных представлений и законотворчества // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. М.: Городец, 2000. С. 25–26.

² См.: *Общая теория государства и права. Академический курс в 2 т. / Под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права.* М.: Зерцало, 1998. С. 342–344; *Комаров А.С.* Общая теория государства и права. М., 1998.

³ См.: *Алексеев С.С.* Теория права. М.: БЕК, 1993. С. 109.

⁴ Об этом говорят, например (правда, применительно к комплексной правовой общности), В.М. Левченко и И.Н. Сенякин (см.: *Общая теория государства и права. Академический курс. В 2 т. / Под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. М.: Зерцало, 1998. С. 243).*

фактор, способный сцементировать рыхлый комплекс норм в нечто более или менее цельное.

С.С. Алексеев утверждает, что решение вопроса о том, к основной или комплексной отрасли права относится данная правовая общность, требует в каждом случае тщательного всестороннего анализа. На пути такого анализа исследователя подстерегают трудности субъективного (сложившиеся традиции, стремление доказать, что данная общность — основная отрасль права и т.п.) и объективного (множественность системообразующих факторов), в связи с чем требуется тщательное «взвешивание» системообразующих факторов¹.

Из изложенного положения ясно, что по концепции С.С. Алексеева формирование комплексных отраслей — это сугубо субъективный, произвольный процесс, зависящий от усмотрения отдельных исследователей.

И все потому, что отсутствует четкий критерий выделения комплексных отраслей. Между тем он существует, и он очень простой и четкий: отрасли, входящие в сферу частного или публичного права, — это основные отрасли; отрасли, объединяющие нормы и частного, и публичного права, — это комплексные отрасли.

В то же время если есть системообразующий фактор формирования основных отраслей права (частноправовая или публично-правовая природа правовых норм), то должен ли быть системообразующий фактор выделения комплексных отраслей права?

Системообразующий фактор выделения комплексных отраслей права

Необходимо вырабатывать системообразующие признаки выделения комплексных отраслей права. Вторичная структура права — это не беспорядочное и хаотически перемешанное множество отраслей права, она должна представлять из себя стройную и взаимно согласованную систему отраслей права.

Здесь не подходят те системообразующие признаки, которые характерны для основных отраслей права. Основные отрасли права различаются между собой по их принадлежности к публичному или частному праву, и главным разграничительным критерием для них является метод правового регулирования: или власти-подчинения, или равенства участников.

В комплексных отраслях объединяются нормы публично-правовых и частноправовых отраслей права. В них применяются и предмет, и методы как публичного, так и частного права. Поэтому необходим другой системообразующий фактор.

¹ См.: Алексеев С.С. Структура советского права. С. 199–200.

Представляет интерес высказывание В.Н. Протасова, что формирование отраслей права идет от юридического начала метода, а комплексных — от социального начала, т.е. от предмета¹. Предмет комплексной отрасли права представляет собой локальную социальную систему, ориентированную на решение определенных общественных задач. Под эту цель формируется и предмет комплексной отрасли из необходимых элементов социальной сферы независимо от их юридической однородности².

Как пишет В.Н. Хропанюк, предметом регулирования комплексных отраслей законодательства в отличие от отраслей права является не вид, а сфера общественных отношений, объединяющая различные их виды³.

Если говорить не о комплексной отрасли законодательства, а о комплексной отрасли права, что я считаю правильным, то мысль не о виде, а о сфере общественных отношений, объединяющей отдельные виды, представляется мне весьма продуктивной.

Мне кажется, системообразующим фактором для формирования комплексных отраслей может выступать определенная сфера деятельности.

Всю нашу общественную жизнь можно, как мне представляется, поделить как минимум на четыре сферы деятельности: экономическая, социально-культурная, административно-политическая и экологическая. Границы между ними не являются такими четкими, как в структуре основных отраслей между публично-правовыми и частноправовыми. Несомненно, отрасли экономической сферы находятся в тесной взаимосвязи, взаимодействии и взаимопроникновении с отраслями социально-культурной, административно-политической и экологической сферы. То же можно сказать и об отраслях других сфер. Например, несомненно, что право недропользования относится к экологической сфере деятельности, но в то же время это и предпринимательская деятельность, что находится в экономической сфере деятельности.

Вообще, вторичная структура права всегда является более гибкой, более зыбкой и более субъективной системой отраслей, чем основная структура. Основная структура — это стержень права, это то, что выражает сущность права, и она должна всегда оставаться незыблемой. Конечно, с развитием отношений новые отрасли могут в ней появлять-

¹ См.: *Протасов В.И.* Что и как регулирует право: Учеб. пособие. М.: Юристъ, 1995. С. 13.

² См.: *Воронин Б.А.* Аграрное право как отрасль права, отрасль науки, отрасль законодательства и учебная дисциплина // Актуальные проблемы аграрного права России: теория и практика: Сб. науч. статей. М.: Право и государство, 2004. С. 8.

³ См.: *Хропанюк В.Н.* Теория государства и права: Учеб. пособие. М., 2004. С. 298.

ся, но крайне редко и при условии, что они могут выдержать проверку на отнесение их к публичному праву или частному праву.

Что касается комплексных отраслей, то они более субъективны и отражают необходимость или целесообразность комбинации норм в рамках той или иной отрасли права. Поэтому вновь возникающие потребности регулирования тех или иных общественных отношений обычно воплощаются в возникновении новой комплексной отрасли права.

Широко известно и часто применяется в юридической литературе весьма ироничное высказывание Л.С. Галесника, который утверждал, что, следуя таким путем, можно прийти и до «трамвайно-троллейбусного, банно-прачечного, бакалейно-гастрономического права»¹.

Однако сарказм Л.С. Галесника о банно-прачечном праве вполне может оказаться напрасным, в случае необходимости государство может осознать необходимость более тщательного регулирования банно-прачечных отношений, что может привести к возникновению комплексной отрасли банно-прачечного права.

Более того, я уверен, что трамвайно-траллейбусное право и сейчас существует как институт такой комплексной отрасли права, как автотранспортное право, наличие которого, по-моему, никто не отрицает. Бакалейно-гастрономическое право можно рассматривать как институт торгового права, которое, в свою очередь, выступает институтом такой комплексной отрасли, как предпринимательское право.

В силу значительного субъективизма и прагматичной целесообразности формирования комплексных отраслей права я не стал бы придавать такое уж большое значение предпринимательскому праву, которое пытаются придать ему в юридической литературе. Это довольно искусственное образование (как и все комплексные отрасли права), это вторичная структура, производная от отраслей права, находящихся в структуре основных отраслей права (прежде всего гражданского и административного). Главным и определяющим в нормах предпринимательского права является то, что это нормы гражданско-правовые, административно-правовые, финансово-правовые и т.д.

Существование предпринимательского права как комплексной отрасли, находящейся во вторичной структуре, носит сугубо утилитарный, прагматический характер с тем, чтобы было проще регулировать гражданско-правовые и административно-правовые отношения, возникающие в процессе предпринимательской деятельности.

¹ См.: Галесник Л.С. О проблемах системы советского права // Советское государство и право. 1957. № 2. С. 108–115.

Субъективный и прагматический характер вторичной структуры права позволяет по-другому посмотреть на элементы структуры права. Классический набор элементов (норма права — институт — отрасль права) здесь может претерпеть некоторые изменения, которые диктуются сложившейся практикой правового регулирования.

Речь идет прежде всего об экологическом праве и транспортном праве.

С принятием Экологического кодекса РК от 9 января 2007 г. окончательно сформировалось экологическое право Республики Казахстан как комплексная отрасль права. Подотраслями экологического права являются природоресурсовое право и природоохранное право. В природоресурсовое право входят земельное право, горное право, лесное право, водное право. Исходя из классической структуры права они должны рассматриваться как институты экологического права. Однако исторически и практически они выступают как сложившиеся комплексные отрасли права, поэтому рассматривать их в качестве институтов не совсем разумно.

Выход заключается, на мой взгляд, в признании существования в структуре права группы (семьи) отраслей или интегрированной отрасли права. Экологическое право оно выступает такой интегрированной отраслью, природоресурсовое право и природоохранительное право выступают подотраслями интегрированной отрасли. Земельное, горное, водное, лесное право, являясь структурными подразделениями природоресурсового права, являются полновесными комплексными отраслями права.

Другой пример — транспортное право. Его структурные подразделения — морское право, железнодорожное право, автотранспортное право, воздушное право — признаются самостоятельными комплексными отраслями права. Здесь тоже можно говорить о семье отраслей транспортного цикла, а транспортное право считать интегрированной отраслью права.

Положение об интегрированных комплексных отраслях права впервые было выдвинуто С.С. Алексеевым¹. Но согласно его концепции интегрированных отраслей я хотел бы сделать два замечания:

1) С.С. Алексеев называет интегрированные комплексные отрасли также надотраслями или суперотраслями. Вряд ли есть необходимость давать этим отраслям сразу три названия. Кроме того, название «надотрасль» или «суперотрасль» больше подходит для конституционного права как действительно стоящего над всеми отраслями права и выступающего как суперотрасль;

¹ См.: Алексеев С.С. Структура советского права. С. 196—199.

2) С.С. Алексеев, как мне кажется, применяет понятие интегрированной отрасли том, где речь идет об обычных комплексных отраслях (судебное право, использующее нормы уголовно-процессуального, гражданско-процессуального, судостроительного права; хозяйственное право; сельскохозяйственное право);

3) очень верно на тот период показано, на мой взгляд, соотношение отраслей права экологического цикла. Он говорит о выделении нового слоя комплексных образований – перекрещивающихся интегрированных структур – природоохранительного и природоресурсового права (как комплексные надотрасли они не конкурируют между собой и тем более не исключают друг друга; каждая из них интегрирует нормативный материал земельного, водного, лесного, горного права под своим углом зрения, в своем аспекте).

В современных условиях такой интегрированной отраслью выступает экологическое право, а природоохранительное и природоресурсовое право являются частями (подотраслями) экологического права.

В основной структуре права публичное право и частное право сами по себе не являются отраслями права: это только исходное деление права в основной структуре. Но отрасли основной структуры права обязательно должны быть или публично-правовыми, или частноправовыми.

Так и во вторичной структуре права: сферы деятельности тоже не являются отраслями права (за исключением экологического права), это только исходное деление права во вторичной структуре. Но отрасли вторичной структуры должны относиться к одной из четырех сфер деятельности.

Таким образом, во вторичной структуре права можно выделить четыре сферы деятельности:

- 1) экономическая сфера деятельности (экономическое право);
- 2) социально-культурная сфера деятельности (социально-культурное право);
- 3) административно-политическая сфера деятельности (политическое право);
- 4) экологическая сфера деятельности (экологическое право).

Поскольку в настоящей работе я намерен сосредоточиться на экономическом праве и экологическом праве, здесь я скажу несколько слов о двух остальных сферах деятельности.

В составе социально-культурной сферы деятельности (социально-культурное право) функционируют как минимум следующие комплексные отрасли права:

- а) образовательное;
- б) научное;

- в) культурное;
- г) спортивное;
- д) туристическое;
- е) информационное.

В литературе нередко выдвигается предложение признать образовательное право самостоятельной отраслью права, имеющей предметом регулирования образовательные отношения¹.

То же самое говорят о медицинском праве², тем более что в Казахстане приняли Кодекс РК от 18 сентября 2009 г. «О здоровье народа и системе здравоохранения». А.Б. Габбасов выделяет медицинское право как самостоятельную комплексную отрасль права³.

А.В. Поляковым в системе социального права выделяются спортивное и игровое право⁴. Н.В. Уварова считает спортивное право самостоятельной отраслью в структуре национального права (вторичного порядка)⁵.

В составе административно-политической сферы деятельности (политическое право) функционируют как минимум следующие комплексные отрасли права:

- а) военное право⁶;
- б) право, регулирующее отношения в сфере национальной безопасности (право национальной безопасности);
- в) полицейское право;
- г) право чрезвычайных ситуаций;
- д) юстиционное право.

Я хочу еще раз подчеркнуть, что применение понятий «экономическое право», «социально-культурное право», «политическое право» не означает, что это отрасли права. Это сферы деятельности, в которых функционирует право во вторичной структуре права.

¹ См.: *Сырых В.М.* Образовательное право как отрасль российского права. М., 2000. См. также: *Шкатулла В.И.* Образовательное право: Учебник. М., 2001.

² См., например: *Шленева Е.* Медицинское право: предмет отрасли // *Право и жизнь.* 2000. № 26; *Мохов А.А.* Теоретические проблемы медицинского права России. Волгоград, 2002.

³ См.: *Габбасов А.Б.* Управление здравоохранением в Республике Казахстан. Организационно-правовые вопросы: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Астана, 2007. С. 19–20.

⁴ См.: *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. СПб.: Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. С. 518–520.

⁵ См.: *Уварова Н.В.* Организационно-правовые проблемы спорта в Республике Казахстан: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Алматы, 2005. С. 6.

⁶ С.С. Алексеев пишет: «... военное право как комплексная отрасль развивалось из двух основных подотраслей права, а также ряда иных подразделений» (См.: *Алексеев С.С.* Структура советского права. М.: Юрид. лит., 1975. С. 195).

Я хочу также обратить внимание на одну гениальную мысль С.С. Алексеева, высказанную им очень давно, о которой, к сожалению, все забыли, в том числе и он сам. Ведь обосновывая свою теорию комплексных отраслей права, он говорит не только об удвоении структуры права. Он говорит об удвоении, утроении и т.д.¹ То есть в принципе допустимы третичные, четвертичные и структуры. Это означает, что вторичные структуры могут перекрещиваться, порождая третичные комплексные образования. Например, предпринимательское право и инвестиционное право порождают такое комплексное образование, как инвестиционное предпринимательское право. Горное право (право недропользования) входит в природоресурсовое и через него в экологическое право; в то же время оно включается и в состав предпринимательского права.

Я думаю, что с предпринимательским правом связаны в той или иной степени все комплексные отрасли права, находящиеся как в экономической, так и в иных сферах деятельности.

Соотношение основных и комплексных отраслей права

Каково соотношение основных и комплексных отраслей права? Комплексные отрасли производны от основных отраслей, они берут часть норм основных отраслей права и строятся из этих норм. В сухом остатке ничего не остается. Нет в комплексных отраслях тех правовых норм, которых не было бы в основных отраслях права.

Наиболее важным строительным материалом для комплексных отраслей права являются нормы административного и гражданского права. Нельзя не обратить внимания, что деление комплексных отраслей по сферам деятельности в основном совпадает с делением особенной части административного права на отдельные институты². Это сделано сознательно, ибо именно административное управление в отдельных сферах общественной жизни порождает необходимость и практическую целесообразность объединить в некоторую целостность все правовые нормы в этой отдельной сфере. В первую очередь это нормы гражданского права.

Административное управление пронизывает все сферы общественной жизни, гражданское право тоже пронизывает все эти сферы. Отличие в том, что нормы одной отрасли регулируют отношения в этих сферах с помощью метода власти-подчинения, нормы другой отрасли — с помощью метода равенства участников. Эффективное комплексное

¹ См., например: *Алексеев С.С.* Общая теория права: В 2 т. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1981. С. 256.

² См.: *Административное право: Учебный курс / Под ред. Р.А. Подопригоры.* Алматы: Налоговый эксперт, 2010. С. 47 (автор главы — Р.А. Подопригора).

регулирование каждой из отдельных сфер возможно только посредством создания комплексных отраслей права, объединяющих в себе нормы и публичного права, и частного.

Еще один вопрос: может ли комплексная отрасль перерасти в частную, как предполагает, например, С.С. Алексеев в отношении экологического права, информационного права, предпринимательского права¹. Я уже писал выше, что это в принципе невозможно². Теперь я хочу объяснить почему.

Необходимо различать два вида комплексных отраслей: (1) классические, объединяющие в себе нормы публичного права и частного права, и (2) комплексные отрасли в рамках только публичного права (гражданское исполнительное право) или только частного права (международное частное право).

Что касается второй группы комплексных отраслей, то им никуда перерастать не надо: они как зародились в системе основных отраслей (или публичного права как гражданское исполнительное право, или частного права как международное частное право), так там и остались (гражданское исполнительное как публичное право, международное частное как частное право).

Специалисты по финансовому праву утверждают, что финансовое право сначала зародилось как комплексная отрасль права (объединяющая нормы государственного и административного права) и только потом превратилось в самостоятельную основную отрасль публичного права. Здесь много вопросов, но в принципе такой механизм превращения или перерастания допустим, поскольку все это происходит в рамках публичного права и за пределы структуры основных отраслей права никогда не выходило.

Другое дело — классические комплексные отрасли, объединяющие в себе нормы публичного права (например, административного), или частного права (например, гражданского). Сколько бы они ни развивались, сколько бы ни превращались из чего-то одного во что-то другое, никогда они не войдут в систему основных отраслей права, ибо административно-гражданского права как одной из отраслей основной структуры права не существует и существовать не может. Но как комплексная отрасль административно-гражданское право, регулирующее группу отношений в одной из сфер деятельности, прекрасно существует, и в этом качестве будет существовать всегда, пока это будет угодно государству.

¹ См.: Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 45—46.

² См.: § 5.1 настоящей работы.

Это полностью относится, например, к экологическому праву, информационному праву и предпринимательскому праву, которые являются классическими комплексными отраслями.

8.2. ЭКОНОМИЧЕСКАЯ СФЕРА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (ЭКОНОМИЧЕСКОЕ ПРАВО)

8.2.1. Общие положения

Экономические отношения возникают в сфере экономики. Экономика есть хозяйство, совокупность (система) средств, объектов, процессов, используемых людьми для обеспечения жизни, удовлетворения потребностей путем создания необходимых человеку благ, условий и средств существования с применением труда¹.

Экономическая деятельность — деятельность, возникающая в сфере экономики и приводящая к возникновению экономических отношений.

Экономическая деятельность — более широкое понятие, чем понятие «производственная деятельность», так как сфера экономики включает не только сферу производства, но также сферы распределения и обращения материальных благ.

Для понимания сущности экономической деятельности можно воспользоваться определением, сформированным в юридической литературе. Экономическая деятельность — это один из видов общепользуемой деятельности, осуществляемой в сфере экономики любыми правоспособными лицами путем эксплуатации принадлежащего им имущества или путем совершения иных действий в целях достижения каких-либо результатов, связанных с изменением положения этого имущества, и возмещения производимых в связи с этим затрат за счет получаемых доходов².

К.К. Лебедев выводит экономические отношения из экономической деятельности. Он пишет, что под экономическими следует понимать именно те общественные отношения, которые возникают в связи с экономической деятельностью и опосредуют ее³.

¹ См.: Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцев Е.Б. Современный экономический словарь. М., 1996. С. 393; Предпринимательское право России: Учебник / Отв. ред. В.С. Белых. М.: Проспект, 2010. С. 16.

² См.: Лебедев К.К. Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). СПб.: Юридический Центр Пресс, 2002. С. 55; Предпринимательское право России / Под ред. В.С. Белых. С. 16.

³ См.: Лебедев К.К. Указ. соч. С. 59.

Раньше вместо понятия «экономическая деятельность» употреблялось понятие «хозяйственная деятельность». В настоящее время термин «хозяйственная деятельность» иногда употребляется как вид экономической деятельности и означает деятельность хозяйствующих субъектов, направленную на изготовление и реализацию продукции, выполнение работ и оказание услуг стоимостного характера и ценовой определенности.

В то же время не всякая хозяйственная деятельность является предпринимательской. Хозяйственную деятельность могут осуществлять и лица, не являющиеся предпринимателями. Поэтому предпринимательская деятельность может рассматриваться как вид хозяйственной деятельности.

Поэтому соотношение между этими понятиями можно выстроить в следующей последовательности: экономическая деятельность — хозяйственная деятельность — предпринимательская деятельность — коммерческая (торговая) деятельность¹.

Хочу напомнить, что выделение экономической сферы деятельности не означает наличие такой же отрасли права — экономического права². Это одна из сфер деятельности общества, в которой формируются комплексные отрасли права экономического цикла.

Как пишет К.К. Лебедев, в настоящее время российское законодательство строится на позиции непризнания экономических отношений предметом правового регулирования. Это привело к тому, что отношения, складывающиеся при осуществлении экономической деятельности, оказались в системном аспекте разъединенными и включенными в предметы различных отраслей российского права. Однако бюджетные, налоговые, имущественные гражданские, трудовые, природоресурсовые, как бы различны ни были эти отношения по своей структуре и содержанию, все они, поскольку связаны с экономической деятельностью, являются разновидностями экономических отношений.

Естественно, что в силу определенной предметной специфики все названные виды общественных отношений регулируются нормами

¹ См.: Предпринимательское право России / Под. ред. В.С. Белых. С. 15–20.

² Хотя справедливости ради следует отметить, что высказывания о формировании экономического права появляются в литературе (См.: Экономическое право: Хрестоматия. Т. 1 / Под общ. ред. В.И. Видячина. СПб., 2004. С. 8–9; *Веленто И.И., Елисеев В.С.* Теория экономического права: Учеб. пособие. Мн.: Книжный Дом, 2006). В международном праве наличие в системе права такого образования, как экономическое право, признается многими учеными (См.: *Шумилов В.М.* Международное экономическое право: Учебно-метод. пособие в 2-х книгах. М.: ДеКА, 2002; *Карро Д., Жюйар П.* Международное экономическое право. М.: Межд. отн., 2002; *Зенкин И.В.* Международное экономическое право. Практ. курс. М.: Центр изд. дом, 2006).

различных отраслей права, но единая — экономическая — основа этих отношений — предпосылки для применения к ним некоторых правовых положений, являющихся для них общими. Это конституционные положения о свободе экономической деятельности и недопустимости экономической деятельности, направленной на монополизацию рынка и недобросовестную конкуренцию¹.

В экономической сфере деятельности (экономическое право) можно выделить следующие отрасли права:

- а) предпринимательское право;
- б) инвестиционное право;
- в) финансовое право (в широком смысле слова);
- г) внешнеэкономическое право;
- д) промышленное право;
- е) транспортное право;
- ж) строительное право;
- з) аграрное право.

Хочу обратить внимание на то, что характерной чертой экономического права является наличие в его сфере двух типов комплексных отраслей:

1) функциональные комплексные отрасли: предпринимательское право и инвестиционное право. Их особенность заключается в том, что они регулируют отношения во всей экономической сфере деятельности, но в отношении применения одной функции — в предпринимательской деятельности или инвестиционной деятельности. То есть предпринимательская и инвестиционная деятельность осуществляются в сферах, регулируемых финансовым правом (в широком смысле слова), промышленным правом, транспортным правом, строительным правом, аграрным правом, внешнеэкономическим правом;

2) предметные комплексные отрасли — применяются в своей сфере отношений: промышленное, транспортное, строительное, финансовое, аграрное, внешнеэкономическое право.

Несколько слов об аграрном праве.

Концепция формирования аграрного права как отрасли права активно обсуждается в России и других странах СНГ.

Большинство аграрников считают аграрное право самостоятельной отраслью права, наравне с гражданским, административным и т.п.²

¹ См.: *Лебедев К.К.* Указ. соч. С. 60.

² См.: Аграрное право: Учебник / Под ред. Г.Е. Быстрова и проф. М.И. Козыря. М.: Юрист, 1998; *Воронин Б.А.* Аграрное право — самостоятельная отрасль права // Актуальные проблемы аграрного права России: теория и практика: Сб. науч. статей. М.: Право и государство, 2004. С. 7—17.

По мнению А.И. Бобылева, предметом аграрного права является сформировавшаяся обособленная группа общественных отношений по организации и деятельности сельскохозяйственных предприятий, организаций, которая имеет однородный характер. Выделяется четыре группы отношений:

1) связанные с организацией сельскохозяйственных предприятий и организаций различных форм собственности и организационно-правовых форм ведения сельского хозяйства (самостоятельных коммерческих организаций (предприятий), сельскохозяйственных производственных кооперативов, хозяйственных обществ в сельском хозяйстве, крестьянских (фермерских) хозяйств, личных подсобных хозяйств граждан, порядок ведения сельского хозяйства на основе аренды и т.д.);

2) связанные с деятельностью сельскохозяйственных предприятий и организаций;

3) отношения по специальному развитию села;

4) по организации и деятельности сельскохозяйственных предприятий и организаций зарубежных стран, деятельности международных организаций в аграрной сфере, международные соглашения и договоры¹.

Однако все эти отношения являются предметом регулирования других отраслей права, в частности гражданского права. Если признавать аграрное право самостоятельной отраслью в системе основных отраслей права, непонятно его соотношение с гражданским правом, в частности. Как могут одни и те же нормы находиться сразу в двух основных отраслях?

Ответ вроде бы очевиден, но А.И. Бобылев категорически против комплексных отраслей права².

Тем не менее идея комплексных отраслей права пробивает себе дорогу и в правовой литературе. Б.А. Воронин считает возможным признать аграрное право комплексной отраслью права³.

8.2.2. Предпринимательское право

Понятие предпринимательского права

В юридической литературе выделяется два понятия: дуализм права, под которым понимается деление права на публичное и частное; и дуализм частного права: деление на гражданское и торго-

¹ См.: Бобылев А.И. Указ. соч. С. 21–22.

² См.: там же. С. 20–21.

³ См.: Воронин Б.А. Аграрное право как отрасль права, отрасль науки, отрасль законодательства и учебная дисциплина // Актуальные проблемы аграрного права России: теория и практика: Сб. науч. статей. М.: Право и государство, 2004. С. 7–9.

вое (предпринимательское)¹. Они всегда вызывали большие споры в литературе и на практике начиная с римского и средневекового права.

В данном случае мы рассматриваем проблему дуализма частного права: есть ли он и нужен ли он в современных условиях?

Существует три основные точки зрения на предпринимательское право:

1. Предпринимательское право является самостоятельной отраслью права. Сторонники этой точки зрения являются последователями так называемой концепции хозяйственного права, разработанной под руководством академиков России и Украины В.В. Лаптева и В.К. Мамутова. Эта концепция исходила из однородности отношений в сфере народного хозяйства — властно-управленческих (по вертикали) и договорных (по горизонтали) — и была направлена на оправдание планово-административной системы хозяйствования. Данная концепция потерпела полное фиаско с крахом административно-командной системы и переходом стран бывшего СССР на рыночные рельсы. Тем не менее сторонники этой концепции пытаются с помощью ее перестройки и мимикрии как-то приспособиться к новым рыночным реалиям², и кое-где им это удается, например на Украине.

Сторонники этой точки зрения исходят из того, что предпринимательское (хозяйственное) право есть совокупность юридических норм, регулирующих хозяйственные отношения.

Приведем наиболее часто применяемое определение: предпринимательское право представляет собой совокупность юридических норм, регулирующих предпринимательские отношения и тесно связанные с ними иные, в том числе некоммерческие отношения, а также отношения по государственному регулированию народного хозяйства в обеспечении интересов государства и общества³.

¹ См.: *Иоффе О.С.* Цивилистическая доктрина промышленного капитализма // Избранные труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2000. С. 73–81; *Ровный В.В.* Проблемы единства российского частного права. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1999. С. 5–16, 47–49.

² См., например: *Лаптев В.В.* Хозяйственное право предпринимательской деятельности // Государство и право. 1993. № 1; *Он же.* О предпринимательском законодательстве // Государство и право. 1995. № 5. С. 52–53; *Мамутов В.К.* Кодификация хозяйственного законодательства Украины в новых экономических условиях // Государство и право. 1994. № 6; *Он же.* Сближение современных систем правового регулирования хозяйственной деятельности // Государство и право. 1996. № 8; 1999. № 1.

³ См.: *Мартымянов В.С.* Хозяйственное право. Т. 1. Общие положения. Курс лекций. М.: БЕК, 1994. С. 1; *Дойников И.В.* Предпринимательское (хозяйственное) право. М.: Коллизей, Брандес, 1998. С. 8; *Ершова И.В., Иванова Т.М.* Предпринимательское право: Учеб. пособие. М.: Юриспруденция, 1999. С. 3.

Нелепость и архаичность подобной точки зрения заставляют ее сторонников высказывать такие суждения, из которых трудно что-либо понять.

Например, О.М. Олейник, поддерживая и развивая понимание предпринимательского (хозяйственного) права, разработанное В.В. Лаптевым, В.К. Мамутовым, В.С. Мартемьяновым, рассматривает предпринимательское право как отрасль права второго уровня, сочетающую в себе признаки и методы ряда базовых отраслей. Такое решение вопроса о признании или непризнании предпринимательского (хозяйственного) права самостоятельной отраслью является с точки зрения практического применения лишь предпосылкой исследования в целях усиления регулятивного потенциала этой отрасли¹. Что из этого можно понять? Если предпринимательское право — самостоятельная отрасль, то, что означает отрасль права второго уровня? Если это комплексная отрасль (второго уровня), то при чем здесь В.В. Лаптев и В.К. Мамутов?

В современной литературе делаются попытки как-то приспособить предпринимательское право к реалиям рыночной экономики.

Например, К.К. Лебедев возражает против широкого понятия предпринимательского права, основанного на наличии двух признаков: 1) фактическая связь с предпринимательской деятельностью и 2) субъективный состав — участие предпринимателя. При таком понятии отношения с участием предпринимателя входят в предмет едва ли не всех отраслей права, что приводит к искусственному конструированию суперотрасли права, не вписывающейся в рамки системы права².

Автор выделяет предпринимательские отношения в узком или собственном смысле слова и добавляет к двум признакам предпринимательских отношений третий: особенности предпринимательской деятельности проявляются в конструктивных элементах регулируемых отношений.

Не совсем понятный признак, но К.К. Лебедев объясняет эти особенности сущностью предпринимательской деятельности в создании и реализации продукта, обладающего свойствами товара. Он выделяет три этапа предпринимательской деятельности и соответственно три вида предпринимательских отношений: 1) отношения, возникающие на этапе конструирования предпринимателя и вхождения его в рынок; 2) отношения, возникающие на этапе создания готового продукта и реализации его как товара; 3) отношения, возникающие на этапе

¹ См.: Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник. Т. 1 / Отв. ред. О.М. Олейник. М.: Юрист, 1999. С. 33.

² См.: Лебедев К.К. Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). СПб.: Изд. Юрид. Центр Пресс, 2002. С. 105–107.

распределения конечных экономических результатов предпринимательской деятельности и продолжения либо прекращения предпринимательской деятельности¹.

При этом К.К. Лебедев рассматривает предпринимательское право как самостоятельную отрасль права, но не дает внятного объяснения соотношению его норм с нормами гражданского и административного права. Например, в предпринимательские отношения, возникающие на первом этапе, он включает отношения по лицензированию предпринимательской деятельности. Следовательно, эти отношения исключаются из числа административных (по К.К. Лебедеву). Но как тогда быть с лицензированием непредпринимательской деятельности? Единые отношения по лицензированию искусственно разрываются и включаются в разные отрасли права. Почему? И главное, зачем? Отношения, возникающие на втором этапе при реализации товара, состоят в основном из договорных обязательств. Это значит, что значительная масса договоров вырывается из гражданско-правовых договоров и из гражданского права.

И чем эта концепция отличается от хозяйственно-правовой концепции В.В. Лаптева и В.К. Мамутова, которую К.К. Лебедев вроде бы критикует?

В учебниках последних лет встречаются и экзотические объяснения предмета предпринимательского права. Таковым объявляются имущественные и управленческие отношения, причем эти элементы предмета объясняются формами собственности². Каким образом управленческие отношения могут выступать формой собственности, в учебнике не объясняется, хотя это более чем спорное утверждение требовало если не глубокого анализа, хотя бы какого-то объяснения.

2. Предпринимательское право является частью гражданского права. Эта концепция прямо противоположна концепции хозяйственного права как самостоятельной отрасли права и имеет широкое хождение и в учебной³, и в научной литературе⁴.

¹ См.: *Лебедев К.К.* Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). СПб.: Изд. Юрид. Центр Пресс, 2002. С. 105–116.

² См.: *Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник* / Под ред. С.А. Зинченко, Г.И. Колесника. 3-е изд. М.: Дашков и К°, Академцентр, 2009. С. 14–15 (автор главы — С.А. Зинченко).

³ См.: *Коммерческое право: Учебник* / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 1997. С. 22; *Жилинский С.Э.* Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право). Курс лекций. М.: Норма-Инфра-М, 1998. С. 3–4; *Пугинский Б.И.* Коммерческое право России. М.: Юрайт, 2000. С. 12; *Гражданское право. Т. 1. Учебник для вузов (академический курс)* / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы, 2000. С. 19–20.

⁴ См., например: *Дозорцев В.А.* Проблемы совершенствования гражданского законодательства РФ при переходе к рыночной экономике // *Государство и право*. 1994.

Эта концепция для меня как цивилиста, несомненно, более симпатична. Действительно, нормы предпринимательского права в большинстве своем входят в гражданское право и являются гражданско-правовыми нормами. Однако эта концепция не учитывает того несомненного единства хотя бы по сфере регулирования, которое существует между гражданско-правовыми и административно-правовыми нормами, регулирующими предпринимательскую деятельность.

В.Ф. Попондопуло рассматривает предпринимательское (коммерческое) право в качестве функциональной подотрасли гражданского права в отличие от предметных подотраслей, выделяемых по содержанию регулируемых отношений (вещное право, обязательственное право, право интеллектуальной собственности, наследственное право).

В.Ф. Попондопуло дает следующее определение предпринимательского права: это совокупность общих и специальных норм гражданского права, регулирующих имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием (предпринимательские отношения), основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. Отмечается, что коммерческое право — составная часть гражданского права, изучение которой вызвано практическим интересом¹.

Обычно публичные предпринимательские нормы представители этой концепции объявляют административными, но не предпринимательскими, или доказывают, что публично-правовое регулирование предпринимательства не требует оформления специальной правовой отрасли, поскольку соответствующие нормы права имеют разноотраслевой характер².

В последние годы В.Ф. Попондопуло значительно скорректировал свою позицию. Помимо коммерческого права как подотрасли гражданского права, которое автор называет «частное коммерческое право», он выделяет теперь «публичное коммерческое право» как составную часть публичного права, куда относятся все нормы

№ 1. С. 27; *Рахмилович В.А.* О достижениях и просчетах нового ГК РФ // Государство и право. 1996. № 4. С. 119—121; *Попондопуло В.Ф.* Правовой режим предпринимательства. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 1994. С. 20; *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 1997. С. 98—102.

¹ См.: *Попондопуло В.Ф.* Коммерческое (предпринимательское) право: Учебник. 2-е изд. М., 2006. С. 26.

² См.: *Коммерческое право: Учебник* / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. СПб., Изд. С.-Петербург. ун-та, 1997. С. 22 (автор главы — В.Ф. Попондопуло).

о государственном регулировании, контроле и надзоре в сфере предпринимательства¹.

Отсюда остается сделать только один шаг: объединить частное коммерческое право и публичное коммерческое право в одну отрасль, которая, естественно, может быть только комплексной отраслью, ибо позицию сторонников «хозяйственного права» В.Ф. Попондопуло как истинный цивилист разделять не может.

Но нет, этого шага В.Ф. Попондопуло не делает. Далее он выдает удивительный пассаж: «В своей совокупности нормы частного и публичного права, регулирующие осуществление и публичную организацию предпринимательской деятельности, составляют коммерческое законодательство»².

Непонятно, как нормы права могут в совокупности составлять нормы законодательства. Это понятия неразрывно связанные, но все же разные. Законодательство — это источник права (или форма права), и смешивать систему права и систему законодательства недопустимо.

Надо было ответить на вопрос: составляют ли частное коммерческое право и публичное коммерческое право единую совокупность правовых норм коммерческого права? Если нет, то почему? Почему существуют частное коммерческое право и публичное коммерческое право и почему нет коммерческого права, их объединяющего?

А то, что существует коммерческое (предпринимательское) законодательство, — это факт бесспорный, признаваемый представителями всех концепций предпринимательского права.

3. И наконец, третья концепция: предпринимательское (хозяйственное, коммерческое, торговое) право является комплексной отраслью права³.

¹ См.: Попондопуло В.Ф. Природа коммерческого (предпринимательского) права // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып. 5: Сб. науч. статей. С.-Петербург. гос. ун-т, юрид. фак. / Под общ. ред. В.Ф. Попондопуло и О.Ю. Скворцова. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 11.

² См.: там же. С. 12.

³ См., напр.: Коммерческое (торговое) право: Учебник / Под ред. Ю.Е. Булатецкого и В.А. Язева. М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2002. С. 37–40; Бельх В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: ТК «Велби», Проспект, 2005. С. 32; Предпринимательское право Российской Федерации / Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М.: Юность, 2006. С. 42–43 (автор главы — П.Г. Лахно); Круглова Н.Ю. Хозяйственное право. Краткий курс: Учеб. пособие. М.: Кнорус, 2008. С. 19–24; Мороз С.П. Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник. Алматы: Бастау, 2009. С. 10; Предпринимательское право России: Учебник / Отв. ред. В.С. Бельх. М.: Проспект, 2010. С. 26; Чельшиев М.Ю. Основы учения о межотраслевых связях гражданского оборота. Казань: Изд. Казан. гос. ун-та, 2008. С. 46.

Я тоже придерживаюсь этой точки зрения¹.

На мой взгляд, предпринимательское право следует понимать двояко. В узком смысле предпринимательское право, несомненно, представляет собой часть гражданского права. Предпринимательская деятельность есть разновидность гражданско-правовой деятельности.

В то же время предпринимательское право можно понимать в широком смысле как комплексную отрасль, объединяющую нормы различных отраслей права (гражданского, административного, финансового, трудового и др.).

Легальное определение предпринимательства дано в п. 1 ст. 10 ГК:

«Предпринимательство — это инициативная деятельность граждан и юридических лиц, независимо от формы собственности, направленная на получение чистого дохода путем удовлетворения спроса на товары (работы, услуги), основанная на частной собственности (частное предпринимательство) либо на праве хозяйственного ведения государственного предприятия (государственное предпринимательство). Предпринимательская деятельность осуществляется от имени, за риск и под имущественную ответственность предпринимателя».

Из этого определения можно вывести следующие признаки предпринимательской деятельности:

- 1) осуществляется самостоятельно;
- 2) осуществляется за свой риск;
- 3) направлена на получение прибыли;
- 4) прибыль извлекается вследствие использования имущества, продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг;
- 5) осуществляется лицами, зарегистрированными в качестве предпринимателей в установленном законом порядке.

К вопросу о соотношении понятий «предпринимательское право», «хозяйственное право», «коммерческое право», «торговое право» существуют различные подходы.

Одни ставят знак равенства между этими понятиями².

Другие рассматривают коммерческое право как составную часть предпринимательского права; ту часть, которая осуществляет регулирование коммерческого оборота³.

¹ См.: Сулейменов М.К. Актуальные проблемы частного права в Республике Казахстан // Актуальные проблемы частного права. Материалы междунар. науч.-практ. конференции (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 23–24 мая 2002 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮУ, 2003. С. 14.

² См.: Попондопуло В.Ф. Коммерческое (предпринимательское) право: Учебник. М.: Юрист, 2003. С. 39; Ровный В.В. Явление дуализма в праве и его сущность: Учеб. пособие. Иркутск, 1999. С. 31.

³ См.: Бельх В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: ТК «Велби», Проспект, 2005. С. 59.

К.К. Лебедев рассматривает предпринимательское и коммерческое право единой отраслью права, но при этом коммерческое право считает подотраслью предпринимательского и коммерческого права¹.

А.Г. Быков считает торговое право основой предпринимательского права. Если торговое право носит частный характер, то предпринимательское право сочетает в себе публично-правовые и частноправовые начала². Примерно так же оценивает соотношение предпринимательского и коммерческого права В.А. Семеусов³.

Я считаю, что коммерческое право и торговое право можно рассматривать как синонимы. Коммерческое (торговое) право является частью (подотраслью) предпринимательского права как комплексной отрасли права, и поэтому это тоже комплексное образование. Другой подотраслью выступает производственное право.

Нужен ли нам сейчас Предпринимательский кодекс?

В период становления правовой системы Казахстана и в дальнейшем, особенно в период разработки проекта Гражданского кодекса, в различных высказываниях научных и практических работников проводилась мысль о необходимости издания наряду с Гражданским кодексом также и Хозяйственного кодекса. Высказывания подобного рода появились много десятилетий тому назад — в период полного господства централизованного приказного управления хозяйством — и были направлены на оправдание и укрепление этой системы. Авторы идеи создания наряду с Гражданским Хозяйственного кодекса доказывали, что экономика страны должна строиться не на отношениях равенства и взаимозависимости хозяйствующих субъектов, регулируемых гражданским правом, а на отношениях подчинения хозяйствующих субъектов спускаемым сверху указаниям и плановым заданиям. Поэтому Гражданскому кодексу отводилась лишь область отношений с участием граждан, а вся остальная экономическая сфера должна была регулироваться придуманным авторами Хозяйственным кодексом, проекты которого активно готовились. Но прежняя экономическая система рухнула, и почва для подготовки Хозяйственного кодекса, противопоставляемого Гражданскому, исчезла.

¹ См.: *Лебедев К.К.* Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, система юридических наук и учебных дисциплин). СПб.: Юрид. Центр Пресс, 2002. С. 136.

² См.: *Быков А.Г.* Предпринимательское право: проблемы формирования и развития // *Вестник Моск. ун-та.* 1993. № 6. Серия «Право». С. 4–6.

³ См.: *Семеусов В.А.* Предпринимательское право. Программа курса. Иркутск, 1996.

Однако и сейчас выдвигаются иногда предложения о дуалистической правовой системе регулирования экономических отношений, т.е. о подготовке наряду с Гражданским кодексом параллельного ему Хозяйственного (или Торгового, или Коммерческого) кодекса. В Казахстане эту идею пытались реализовать некоторые зарубежные правовые консультанты-советники. Они при этом ссылались на существование во многих странах наряду с гражданским также торговых кодексов. В частности, такую концепцию пытался внедрить в Казахстане американский юрист Кристофер Осаке, который был одно время советником вице-премьера РК Н.А. Шайкенова. Нам с проф. Ю.Г. Басиным с трудом удалось отвергнуть эту идею.

Подобного рода рассуждения явно не учитывают характера современных экономических связей, узкий и подчиненный Гражданскому кодексу характер зарубежных торговых кодексов. Идея торгового кодекса не нашла поддержки ни в одной из республик СНГ, за исключением Украины, где после развала СССР осталась очень сильная школа хозяйственного права во главе с академиком В.К. Мамутовым и где были приняты в один день Гражданский кодекс и Хозяйственный кодекс (16 января 2003 г.).

В 2007 г. НИИ частного права провел очередную международную научно-теоретическую конференцию в рамках ежегодных цивилистических чтений на тему: «Гражданское право в системе права». На конференции с докладом «Проблемы внутренней дифференциации частного права» выступил профессор Бременского университета Рольф Книпер, который высказал мнение о нецелесообразности принятия Хозяйственного (Предпринимательского, Торгового) кодекса¹. На этот доклад неожиданно откликнулся один из апологетов хозяйственного права, академик АН Украины В.К. Мамутов, который в основном пытался дать негативную, с переходом на оскорбления (это обычный стиль ведения дискуссии хозяйственниками) оценку личности проф. Р. Книпера. Я поместил письмо В.К. Мамутова и его статью в сборник материалов конференции, но предпослал этому комментарий редактора. В этом комментарии я отметил, что «для казахстанских цивилистов концепция хозяйственного права в том виде, в котором она была сформулирована академиком В.В. Лаптевым и В.К. Мамутовым, еще в советское время представлялась глубоко ошибочной, а в современную эпоху и вовсе неприглядной. Поэтому мы этой концепции, честно говоря, особого внимания не уделяем, это пройденный этап». Поэтому

¹ См.: Гражданское право в системе права // Мат-лы междунар. научн.-практ. конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы. 17–18 мая 2007 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2007. С. 29–39.

я написал, что «я не считаю нужным как-то комментировать положения статьи В.К. Мамутова. Все это мы давным-давно слышали, причем нередко в тех же выражениях. Я повторяю, подробное рассмотрение аргументов сторонников хозяйственного права для казахстанской цивилистики — давно пройденный этап»¹.

Таким образом, я три года назад, да и до недавнего времени был искренне убежден, что проблема хозяйственного права и Хозяйственного кодекса для Казахстана закрыта. Именно поэтому я с удивлением и большим огорчением узнал, что в нашем государстве опять курсирует идея разработки Хозяйственного (Предпринимательского) кодекса. Сколько сил было затрачено цивилистами, чтобы справиться с этой заразной болезнью, которая именуется «Хозяйственное право» и которая имела обоснование в планово-распределительной системе, но которая противоречит принципам рыночной экономики, создаваемой в Казахстане.

В Казахстане первая концепция (хозяйственного права) никогда успехом не пользовалась. Казахстанские цивилисты (особенно проф. Ю.Г. Басин) вели бескомпромиссную борьбу со сторонниками концепции хозяйственного права. Широкое хождение имела вторая концепция (как часть гражданского права). В то же время уже много лет разрабатывается под моим руководством концепция предпринимательского права как комплексной отрасли права.

Однако теория комплексных отраслей также отвергает необходимость и целесообразность создания наряду с Гражданским Предпринимательского или Хозяйственного кодекса. Кодекс, на наш взгляд, может регулировать только однородные отношения, причем кодекс предполагает наличие Общей и Особенной частей. Какая Общая часть может быть выделена в Хозяйственном кодексе? Практически это те же положения, которые уже закреплены в Гражданском кодексе, только, возможно, под другим названием.

Следует отметить, что представители хозяйственного права, которые разделяют точку зрения о его комплексном характере (так называемые умеренные хозяйственники), тоже отрицательно относятся к идее Хозяйственного кодекса.

В частности, В.С. Белых пишет: «Считаем, что издание торгового (равно коммерческого, предпринимательского или хозяйственного) кодекса в России пока нецелесообразно. Дуализм правового регулирования экономики приведет к серьезной проблеме разграничения сферы действия гражданского и торгового (предпринимательского и др.) права. К такому же выводу можно прийти, анализируя нормы (правила) проектов хозяйственного (предпринимательского) кодекса, основ хозяйственного законодательства, разработанных учеными —

представителями концепции хозяйственного права России, а также действующего Хозяйственного кодекса Украины (далее – ХКУ).

Вряд ли стоит впадать в крайности научной эйфории и идеализировать факт принятия ХКУ. Мы не считаем, что с его принятием проблем правового регулирования предпринимательства стало меньше. И главная из них – разграничение сферы действия ГК и ХК Украины»¹.

Поскольку сторонники принятия Предпринимательского кодекса часто ссылаются на опыт Украины, необходимо проанализировать содержание Хозяйственного кодекса Украины и его соотношение с ГК Украины.

Как отмечает хозяйственник В.С. Белых², наличие проблем с правовым регулированием предпринимательства и после принятия Хозяйственного кодекса признает и главный идеолог Хозяйственного кодекса Украины, академик В.К. Мамутов.

Сокрушительной критике подверг Хозяйственный кодекс Украины (ХКУ) О.С. Иоффе. Он проанализировал ХКУ и обнаружил, что в его основе лежит все та же концепция хозяйственного права В.В. Лаптева и В.К. Мамутова, но только измененная с точностью наоборот.

Невнятно описан предмет регулирования хозяйственного права. К субъектам хозяйственного права отнесены граждане, хотя раньше это был решающий признак отграничения его от гражданского права. Непонятно, чем хозяйственная правосубъектность отличается от гражданской, и зачем она нужна, если она полностью растворяется в гражданской правосубъектности? Кодекс наспигован декларативными фразами, которые хороши в учебнике, но очень опасны в кодексе, который должен содержать конкретные нормы права, а не декларативные лозунги³.

Но самое главное – это обязательства. По идее, если говорить о Торговом кодексе, основным его содержанием должны были стать договорные обязательства, и поэтому сразу встает вопрос о соотношении Торгового кодекса с соответствующим разделом ГК.

Как же решен этот вопрос в ХКУ? В него включена норма (ч. 2 п. 1 ст. 175), где признается, что «имущественные обязательства, возникающие между участниками хозяйственных отношений, регулируются Гражданским кодексом Украины с учетом особенностей, предусмотренных настоящим Кодексом».

Как пишет О.С. Иоффе, «это уже не уступка. Это капитуляция. Ни-что так подробно не представлено из гражданско-правовых институтов

¹ См.: *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: монография. М.: ТК «Велби», Проспект, 2005. С. 114–115.

² См.: *Белых В.С.* Указ. соч. С. 15.

³ См.: там же. С. 55.

в ХК, как хозяйственные обязательства и хозяйственные договоры. Главные аргументы против хозяйственного права цивилисты почерпнули оттуда. Теперь эти обязательства возвращены гражданскому праву, так сказать, по принадлежности».

Основной итог рассуждений О.С. Иоффе заключается в том, чтобы «показать отсутствие всякой нужды в издании ХК наряду с ГК, несмотря на то, что во многих случаях они должны применяться параллельно, а иногда ХК вовсе не выступает как регулятор своих отношений».

Для более подробного анализа ХКУ и последствий его принятия я воспользуюсь исследованием, которое провел молдавский ученый А.В. Каленик.

Хозяйственный кодекс Украины состоит из более чем 400 статей, которые распределены в следующих разделах:

- 1) Основные принципы хозяйственной деятельности.
- 2) Субъекты хозяйствования.
- 3) Имущественная основа хозяйствования.
- 4) Хозяйственные обязательства.
- 5) Ответственность за правонарушения в сфере хозяйствования.
- 6) Особенности правового регулирования в отдельных отраслях хозяйствования.
- 7) Внешнеэкономическая деятельность.
- 8) Специальные режимы хозяйствования.
- 9) Заключительные положения.

В результате ознакомления с содержанием ХКУ напрашивается практически неоспоримый вывод о том, что данный Кодекс — это не что иное, как возведенная в ранг закона теория (наука) предпринимательского (хозяйственного) права. Кроме того, Хозяйственный кодекс изобилует пространными декларациями, описательными нормами, различными дефинициями, социально-политическими и политэкономическими установками и т.д. При этом регулятивное значение имеет от силы половина статей украинского Хозяйственного кодекса.

Например, среди деклараций и дефиниций представляют особый интерес следующие выдержки из текста ХКУ:

«Субъекты хозяйствования и другие участники отношений в сфере хозяйствования осуществляют свою деятельность в пределах установленного правового хозяйственного порядка, соблюдая требования законодательства» (ч. 3 ст. 5 ХКУ);

«Экономическая стратегия — избранный государством курс экономической политики, рассчитанный на длительную перспективу и направленный на решение крупномасштабных экономических и социальных задач, задач культурного развития...» (ч. 2 ст. 9 ХКУ);

«Экономическая тактика — совокупность ближайших целей, задач, средств и способов их достижения для реализации стратегического курса экономической политики в конкретных условиях» (ч. 3 ст. 9 ХКУ);

«Прибыль (доход) субъекта хозяйствования является показателем финансовых результатов его хозяйственной деятельности, которая определяется путем уменьшения суммы валового дохода субъекта хозяйствования за определенный период на сумму валовых расходов и сумму амортизационных начислений» (ч. 1 ст. 142 ХКУ) и т.д. и т.п.

Масса статей украинского Хозяйственного кодекса, будучи декларативными и описательными, имеют отсылочный характер. Например:

«Отношения, связанные с лицензированием определенных видов хозяйственной деятельности, регулируются законом» (ч. 3 ст. 14 ХКУ);

«Порядок патентования определенных видов предпринимательской деятельности устанавливается законом» (ч. 4 ст. 14 ХКУ);

«Основания и порядок применения средств государственной поддержки субъектов хозяйствования определяются законом» (ч. 3 ст. 16 ХКУ);

«Монопольным является положение субъекта хозяйствования, доля которого на рынке определенного товара превышает размер, установленный законом» (ч. 2 ст. 27 ХКУ) и т.д., и т.п.

Возникает закономерный вопрос, если в Хозяйственном кодексе столько отсылочных норм, то какие отношения он регулирует непосредственно?

Наконец, ХКУ вводит использование многих ранее неизвестных юридических терминов, напрямую заимствованных из понятийного аппарата науки предпринимательского (хозяйственного) права: сфера хозяйствования, хозяйственные отношения (хозяйственно-производственные, организационно-хозяйственные и внутрихозяйственные отношения), хозяйственная компетенция, правовой хозяйственный порядок и т.д.

Но наиболее парадоксальным выглядит урегулированное Хозяйственным кодексом соотношение его норм с нормами ГК Украины, который также был принят 16 января 2003 г. и введен в действие с 1 января 2004 г. С одной стороны, согласно ст. 4, 7 ХКУ при правовом регулировании отношений по осуществлению хозяйственной деятельности Хозяйственный кодекс имеет приоритет перед иными нормативными актами и прежде всего перед Гражданским кодексом (например, ст. 7 ХКУ: отношения в сфере хозяйствования регулируются Конституцией Украины, настоящим Кодексом, законами Украины, нормативно-правовыми актами президента, а также иными нормативными актами.) В то же время согласно ч. 1 ст. 4 ХКУ имущественные

и личные неимущественные отношения, регулируемые Гражданским кодексом Украины, не входят в предмет регулирования Хозяйственного кодекса. Это значит, что к хозяйственным отношениям, прежде всего, применимы именно нормы Хозяйственного кодекса, а нормы Гражданского кодекса и иных законов к имущественным и личным неимущественным отношениям между предпринимателями или с их участием либо неприменимы, либо могут применяться лишь subsidiarily, т.е. дополнительно.

Однако при регулировании хозяйственных обязательств и договоров нормы ХКУ в целом воспроизводят нормы Гражданского кодекса о гражданско-правовых обязательствах и договорах, а также напрямую отсылают к конкретным положениям Гражданского кодекса. Например:

1) согласно ч. 7 ст. 179 ХКУ хозяйственные договоры заключаются по правилам, установленным ГК Украины с учетом особенностей, предусмотренных Хозяйственным кодексом;

2) согласно ч. 5 ст. 182 ХКУ отношения по заключению предварительных договоров регулируются ГК Украины с учетом особенностей, предусмотренным Хозяйственным кодексом;

3) согласно абз. 2 ч. 1 ст. 193 ХКУ к выполнению хозяйственных договоров применяются соответствующие, положения ГК с учетом особенностей, предусмотренных Хозяйственным кодексом;

4) согласно абз. 2 ч. 1 ст. 199 ХКУ к отношениям по обеспечению выполнения обязательств участников хозяйственных отношений применяются соответствующие положения Гражданского кодекса;

5) согласно ч. 3 ст. 202 ХКУ к отношениям по прекращению хозяйственных обязательств применяются соответствующие положения Гражданского кодекса с учетом особенностей, предусмотренных Хозяйственным кодексом.

В итоге получается, что нормы общей части ХК Украины при регулировании хозяйственных отношений имеют приоритет перед нормами Гражданского кодекса, а в регулировании Хозяйственным кодексом обязательственных и договорных хозяйственных отношений, наоборот, приоритет имеют нормы Гражданского кодекса. Все это говорит о том, что Хозяйственный кодекс беспомощен в самостоятельном регулировании обязательственных отношений в сфере хозяйствования, так как эти отношения носят исключительно гражданско-правовой характер. Следовательно, включая хозяйственные обязательства в предмет своего регулирования, Хозяйственному кодексу ничего иного не остается: либо копировать общие нормы обязательственного права из Гражданского кодекса, либо прямо отсылать к ним (в ХКУ сделано и то, и другое). Данное обстоятельство прямо показывает нецелесообразность разра-

ботки особой, отличной от Гражданского кодекса и конкурирующей с ним, регламентации так называемых хозяйственных обязательств, которые по сути своей остаются гражданско-правовыми¹.

Далее А.В. Каленик продолжает: «Касаясь проблематики кодификации хозяйственного законодательства, также следует иметь в виду, что у хозяйственного законодательства нет четких границ и пределов, можно лишь указывать на основные акты такого законодательства и определенные группы нормативных актов и норм, регулирующих те или иные аспекты осуществления хозяйственной и предпринимательской деятельности. Именно поэтому сведение воедино многочисленных нормативных актов хозяйственного законодательства если не невозможно, то чрезвычайно сложно. Даже если двигаться в направлении охвата всех норм хозяйственного законодательства в рамках одного Предпринимательского (Хозяйственного) кодекса, то такой Кодекс должен включать в себя не около 400 статей (как в ХКУ), а, пожалуй, более 400 тыс. статей, в состав которых можно включить не только нормы таможенного, налогового или экологического права, но и нормы об экономических преступлениях (конечно, если довести концепцию кодификации хозяйственного законодательства до абсурда). В таком случае Хозяйственный кодекс либо создаст массу параллельных норм таможенного, налогового, экологического и других отраслей права, либо «отнимет» их у этих отраслей и поглотит их в своем комплексе, тогда необходимо либо полностью отменить Таможенный и Налоговый кодексы, а также ряд специальных законов (о несостоятельности, о защите конкуренции и др.), либо существенно урезать их содержание. В таком случае, что останется таким отраслям, как налоговое, таможенное, финансовое право, нормы которых регулируют не только отношения с участием предпринимателей?»².

Выводов из анализа ХКУ два.

8.2.1. Провозгласив своей целью регулирование отношений, не регулируемых Гражданским кодексом, он практически повторяет нормы ГК или отсылает к нему. Разграничение отношений, регулируемых ГК и ХК, превратилась в Украине в большую проблему, вызывающую значительные трудности на практике.

8.2.2. У Хозяйственного кодекса нет четких границ и пределов, его можно бесконечно расширять до создания суперкодекса или бесконечно сужать до набора отдельных норм, регулирующих коммерческие

¹ См.: Каленик А.В. О возможности и необходимости Предпринимательского кодекса для Республики Молдова. СоюзПравоИнформ. // URL: <http://www.md.spininform.ru/md - predprinimatelcky - kodeks. html>.

² См.: Каленик А.В. Указ. соч.

отношения. Что это за такой кодекс, который не имеет четких правовых оснований своих границ и пределов?

Сторонники принятия Предпринимательского кодекса нередко ссылаются на существование торговых кодексов в ряде стран, в основном стран Европы (Франция, Германия, Испания, Португалия, Украина, Япония). Хотя во многих странах континентального права такого кодекса нет, существует единый Гражданский кодекс (Италия, Швейцария, Нидерланды). Однако эти сторонники не пытаются поставить вопрос: а почему в России не удалось внедрить систему дуализма частного права. Хотя попытки были, причем связанные именно с копированием западноевропейских образцов.

В частности, М.М. Сперанский, возглавлявший по поручению Николая I Комиссию по систематизации российского законодательства и изданию Свода законов Российской империи, опираясь на традиции французского торгового законодательства, разработал собственную оригинальную систему торгового права. В результате были утверждены и вошли в т. XI под именем «Учреждений и Уставов торговых» Свода законов 1833 г., Устав о векселях, Устав о торговой несостоятельности, Учреждение коммерческих судов, Устав судопроизводства в коммерческих судах.

В 1857 г. торговые законы получают название «Торговый устав», который получил резко отрицательную оценку современников¹. Потом были еще попытки, большей частью неудачные, как-то обособить торговое право от гражданского. Наконец, точка в споре была поставлена осенью 1913 г., когда в Государственную Думу был передан окончательный вариант проекта Гражданского уложения, включающего в себя нормы, регулирующие торговый оборот. Дуализм частного права в России не прошел.

Этому способствовало и то, что крупнейшие ученые России (Г.Ф. Шершеневич, Ю.С. Гамбаров, С.А. Муромцев, Д.И. Мейер) выступали за сохранение единства гражданского права².

Почему же в России не удалась попытка создать полновесный Торговый кодекс, как в странах западной Европы? Г.Ф. Шершеневич указывал, что, «обращаясь к рассмотрению исторических оснований торгового права России, мы встречаем совершенное отсутствие тех условий, которые способствовали на Западе обособлению его и вы-

¹ См.: *Цитович П.П.* Очерк основных понятий торгового права. Киев, 1886. С. 12–13; *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. В 3 т. Т. 1. С. 68; *Нерсесов Н.И.* Торговое право. М., 1896. С. 23; *Федоров А.Ф.* Торговое право. Одесса, 1911. С. 43.

² Подробнее см.: *Шишканов В.А.* Проблемы кодификации российского предпринимательства. Юрид. ин-т Иркут. гос. ун-та // Сибирский Юрид. Вестник. 2004. № 4. URL: <http://www.lawinsitut.ru/rulscience/vestnik|20044|shishkanov.html>.

делению из общей системы гражданского права¹. В.А. Удинцев также писал, что «русские исторические условия не создали у нас сословности в западноевропейском смысле — это не подлежит сомнению. Многочисленные и многообразные союзные формы общежития, пережитые Западной Европой в среднем веке, были чужды нашему древнему укладу и не имели почвы для возникновения. Замкнутого купеческого сословия не могло быть и по той причине, что торговлей мог заниматься каждый желающий... В отсутствии купеческой самостоятельности на Руси можно усматривать одну из причин, благодаря которой наша история не выработала идеи купеческого права»².

Таким образом, важнейшая объективная предпосылка частнопроводного дуализма — его историческая обусловленность — в России всегда отсутствовала³.

Все эти положения применимы полностью к Казахстану, во-первых, в силу того, что он входил в состав Российской империи; и, во-вторых, потому что в Казахстане с его скотоводческим хозяйством тем более отсутствовали предпосылки для формирования торгового права.

Хозяйственно-правовая концепция, направленная на объединение отношений по горизонтали и по вертикали, наиболее соответствовала плано-распределительной системе социализма Советского Союза. Тем более удивительно, что в то время идея Хозяйственного кодекса не смогла пробить себе дорогу, а в условиях постсоветской экономики, которая представляет собой что угодно, но только не плано-распределительную систему, вдруг возникает идея Хозяйственного кодекса.

Возвращаясь к торговым кодексам западноевропейских стран, следует отметить, что они были приняты более ста лет назад, в определенных экономических условиях (потребность именно в «купеческом праве») и на определенных исторических этапах (во Франции — в результате Великой французской буржуазной революции, в Германии — при государственном объединении разрозненных германских княжеств и земель. В других странах, по словам Г.Ф. Шершеневича, торговые кодексы появились в силу «законодательной подражательности» — Испания, Португалия, Польша, Венгрия, Румыния и др.)⁴.

Эти торговые кодексы — совсем не то, что сейчас предлагается. Они были приняты в дополнение к гражданским кодексам как акты гражданского законодательства и являлись законодательными актами частного, а не публичного права.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права: В 3 т. Т. 1 С. 71.

² См.: Удинцев В.А. История обособления торгового права. Киев, 1900. С. 12, 17.

³ См.: Шишканова В.А. Указ. соч.

⁴ См.: Каленик А.В. Указ. соч.

Специалисты по зарубежному торговому праву отмечают, что «современный период развития зарубежного законодательства характеризуется постепенным отказом от дуализма частного права. В ряде стран (в частности, в Италии — родине дуализма частного права) отказались от деления права на гражданское (во главе с гражданским кодексом) и торговое (во главе с Торговым кодексом) и приняли единые гражданские кодексы»¹.

В других странах, где торговые кодексы сохранились, они также теряют свое значение, и все чаще высказываются мнения о большей эффективности существования единого гражданского кодекса².

Весьма критически оценивает Французский торговый кодекс в своем фундаментальном исследовании М.И. Кулагин³. Д. Талон указывает, что Французский торговый кодекс, а также Германское торговое уложение пришли в упадок и представляют собой не более чем «пустую скорлупу». По мнению немецких юристов, Германское торговое уложение сегодня применяется скорее в силу традиции, привычки⁴.

Из сказанного вытекает, что ссылки на торговые кодексы западных стран по меньшей мере некорректны. Во-первых, это кодексы частного права, и как можно обосновывать их наличием принятия Хозяйственного (Предпринимательского) кодекса, основанного на публичных началах, не совсем понятно. Во-вторых, даже если признать эти кодексы действующими и эффективно работающими, это не может служить аргументом для принятия такого же кодекса в Казахстане. Каждая страна выбирает свой путь развития исходя из внутренних потребностей и экономической ситуации: одни страны на основе только ГК, другие — на основе ГК и ТК, но это их путь (выбранный более ста лет назад). Принимать Торговый кодекс в настоящее время означает слом действующей правовой системы, пересмотр положений ГК. И главное — зачем?

Хорошо об этом написал В.Ф. Попондопуло:

«Оценивая перспективы разработки и принятия в России торгового кодекса и учитывая опыт Запада, следует отметить, что если речь идет о создании такого торгового кодекса, который, являясь

¹ См.: Коммерческое право зарубежных стран: Учебник / Под ред. В.Ф. Попондопуло. СПб.: Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд. Юрид. факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. С. 8.

² См., например: *Книпер, Рольф*. Проблемы внутренней дифференциации частного права // Гражданское право в системе права: Мат-лы междунар. науч.-практ. конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы. 17–18 мая 2007 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2007.

³ См.: *Кулагин М.И.* Предпринимательство и право: опыт Запада. М., 1992. С. 21–22.

⁴ См.: *Лысенко О.Л.* Дискуссия о кодификации частного права в Германии // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 1996. № 2.

специальным, действует наряду с гражданским кодексом (что имеет место в ряде стран, например в Германии), то это возможно, но нецелесообразно. Правовое регулирование отношений в сфере предпринимательства вполне обеспечивается в настоящее время специальными законами, регламентирующими статус различных коммерческих организаций, различные виды и сферы предпринимательской деятельности. Если же собрать нормы всех этих законов в один торговый кодекс то, приняв его, мы столкнемся с еще более сложной системой коммерческого законодательства. Наряду с принятием более или менее компактного торгового кодекса, по-прежнему останется необходимость в существовании многих других специальных законов. А это означает, что процесс правоприменения (как, впрочем, и правотворчества, и правособлюдения) еще более усложнится: придется устанавливать соотношение не только гражданского кодекса со специальными законами в сфере предпринимательства, но и каждого из них — с торговым кодексом как специальным кодифицированным законом, связывающим гражданский кодекс и другие специальные законы в сфере предпринимательства»¹.

Таким образом, принятие как Торгового кодекса (частноправового), так и Хозяйственного кодекса (в сочетании с публично-правовыми элементами), кроме вреда, ничего не принесет. Хотя какая-то польза от этого не просматривается, но что можно точно прогнозировать: принятие его потребует перестройки всей сложившейся системы регулирования экономических отношений, приведет к усложнению законодательства, дублированию норм и в конечном счете к развалу сложившейся и устоявшейся системы частного права.

И в заключение о расширении норм Гражданского кодекса. Цивилисты Казахстана не одобряют проведенное в России включение в ГК всех норм о праве интеллектуальной собственности, в том числе публично-правовых. Это противоречит принципам построения системы гражданского законодательства. Мы считаем, что наличие отдельных законов по различным объектам права интеллектуальной собственности вполне обеспечивает регулирование отношений, связанных с интеллектуальной собственностью, делает законодательство адекватным, мобильным и эффективным.

Что же касается предложения включить нормы об интеллектуальной собственности в Хозяйственный кодекс, то оно противоречит принципам даже сторонников дуализма частного права. Никто из них

¹ См.: Коммерческое право зарубежных стран: Учебник / Под ред. В.Ф. Попондопуло. СПб.: Изд. дом С.-Петербург. гос. ун-та, Изд. юрид. фак-та С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. С. 9.

не пытался включить нормы об интеллектуальной собственности ни в Хозяйственный, ни в Торговый кодекс. Нет их и в Хозяйственном кодексе Украины. Это и понятно. Право интеллектуальной собственности регулирует отношения главным образом граждан (не предпринимателей и не торговцев), и прежде всего граждан.

Включение этих норм в Хозяйственный или Торговый кодекс означало бы крах всей системы законодательства (как с точки зрения цивилистов, так и с точки зрения хозяйственников).

Предпринимательский кодекс Республики Казахстан:

много шума из ничего

29 октября 2015 г. был принят Предпринимательский кодекс РК, вступивший в силу с 1 января 2016 г. Завершился наконец многострадальный процесс принятия ненужного закона, который в настоящем виде не вносит ничего нового в регулирование предпринимательской деятельности, но путаницу изрядную внести может.

А ведь с каким размахом все это начиналось, какие обещания давали про то, что наконец-то появится единый закон, который объединит все нормы о предпринимательстве в одном месте.

Эта идея пришла из концепции хозяйственного права, разработанной в советское время академиками из России В.В. Лаптевым и Украины В.К. Мамутовым. Они считали, что предпринимательские отношения однородны и по вертикали, и по горизонтали, и поэтому нужен Хозяйственный (Предпринимательский) кодекс. Эта концепция прекрасно укладывалась в советские планово-распорядительные отношения, но и тогда им не удалось проташить Хозяйственный кодекс. Тем более это странным выглядит сейчас, в условиях рыночной экономики.

И всегда хозяйственники обманывали предпринимателей, что Предпринимательский кодекс освободит их от необходимости искать разрозненные нормативные акты, поскольку все нормы о предпринимательстве будут собраны в одном месте. Это, конечно, невозможно, что прекрасно демонстрируют действующий Хозяйственный кодекс Украины (насквозь отсылочный) и проект Предпринимательского кодекса РФ (точно такой же).

Эту сказку о едином законодательном акте я опять услышал на заседании Совета по правовой политике при Президенте РК, где обсуждалась Концепция проекта Предпринимательского кодекса. Я сказал на заседании, что если объединить все законы в одном кодексе, это будет даже не 40 тыс., а 400 тыс. статей. И получил ответ: пусть будет 400 тыс., зато предприниматель сможет все найти в одной многотомной книге.

Поначалу так и задумывалось.

В первом варианте концепции Кодекса планировалось отменить около 50 законов, отхватить от Гражданского кодекса одну треть, от других кодексов тоже изрядные куски.

Ничего путного из этого, конечно, не получилось. Ведь чтобы собрать воедино все, что относится к предпринимательской деятельности, надо было включить в проект Кодекса практически все законы, регулирующие экономические отношения, в частности Налоговый кодекс, Таможенный кодекс, законы о банках, о страховании, о лицензировании, о государственном имуществе, об АО, о ТОО, о производственном кооперативе и многие, многие другие. Даже из Кодекса об административных правонарушениях и Уголовного кодекса должны были быть изъяты главы, регулирующие ответственность за нарушения в сфере предпринимательской деятельности.

Поначалу разработчики так и хотели сделать. Только кто же им это даст? Неужели Министерство финансов отдаст Налоговый кодекс? Или Национальный банк — законы о банках и о страховании? И т.д.

Цивилисты тоже приложили все усилия, чтобы отстоять Гражданский кодекс. В частности, нами была подготовлена книга «Предпринимательский кодекс как орудие развала правовой системы Казахстана» (сб. статей / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2011). В этой книге были собраны статьи звезд российской, немецкой и украинской цивилистики (О.С. Иоффе, В.Ф. Яковлев, А.Л. Маковский, Е.А. Суханов, Рольф Книпер, Ладос Чантурия, Н.С. Кузнецова), а также статьи казахстанских цивилистов с резкой критикой идеи принятия Предпринимательского кодекса. Эту книгу я разослал всем депутатам Парламента и всем членам Правительства, а также в аппарат Президента РК.

Сам процесс разработки проекта Предпринимательского кодекса показал всю порочность самой этой идеи и невозможность создать полноценный и эффективно работающий Кодекс.

Всего было шесть или семь проектов Предпринимательского кодекса (ПК). И с каждым последующим вариантом проект худел, так как от него отваливались законы, которые разработчики хотели включить в ПК, но им этого не дали сделать могущественные министерства и ведомства. В одном из вариантов в нем было всего 57 статей. Я следил за всеми этими зигзагами до пятого варианта, активно критиковал, потом бросил это занятие, так как проект сам по себе вырождался.

Главное, чего нам удалось добиться, — это то, что разработчики отказались от атак на Гражданский кодекс и признали, что горизонтальные отношения, основанные на принципе равенства сторон, не могут регулироваться одновременно двумя кодексами.

Теперь ПК регулирует отношения по вертикали, отношения между государством и предпринимателем. Это четко выражено в Преамбу-

ле ПК: «Настоящий Кодекс определяет правовые, экономические и социальные условия и гарантии, обеспечивающие свободу предпринимательства в Республике Казахстан, регулирует общественные отношения, возникающие в связи с взаимодействием субъектов предпринимательства и государства, в том числе государственным регулированием и поддержкой предпринимательства».

Попытаюсь теперь оценить значение и качество принятого ПК.

Изучив его, я могу авторитетно заявить, что такой закон можно было бы сделать очень быстро, не тратя на него более трех лет.

Ведь что из себя представляет ПК?

Это механическое объединение действующих законов. В основе лежит Закон от 31 января 2006 г. «О частном предпринимательстве».

Большой и, кстати говоря, неплохой закон, в подготовке которого принимали участие и цивилисты. Мы неоднократно предлагали вместо разработки ненужного ПК принять Закон о предпринимательстве, основанный на Законе «О частном предпринимательстве», и не трогать законов по отдельным отраслям экономики и отдельным видам деятельности.

Все остальное в ПК — это тексты законов, которые поставлены на отмену, и главы, состоящие из двух - трех статей по отдельным отраслям управления экономикой.

Причем, что обидно, вместо полноценных законов в ПК вставляются в ряде случаев усеченные главы или ряд статей, надерганных из этих законов.

Например, прекрасно работал Закон от 31 марта 1998 г. «О крестьянском или фермерском хозяйстве», его отменили и включили в ПК несколько статей (ст. 41—49 ПК).

Всего было отменено шесть законов. Это то, что осталось от тех 50, которые нам обещали отменить в первом варианте проекта ПК. Это законы об инвестициях, о конкуренции, о государственном контроле и надзоре в Республике Казахстан, о государственной поддержке индустриально-инновационной деятельности.

Глава 13 ПК (ст. 129—159) воспроизводит нормы отмененного Закона от 6 января 2011 г. «О государственном контроле и надзоре в Республике Казахстан».

Это позволило разработчикам Законом РК от 29 октября 2015 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты по вопросам предпринимательства» внести изменения в десятки законодательных актов (Лесной кодекс, Водный кодекс, Кодекс о здоровье народа, законы о транспорте, об использовании атомной энергии, о языках, о племенном животноводстве, об аудиторской деятельности, об обеспечении единства измерений и др.). Эти изменения

сводятся к одной фразе: «Проверки осуществляются в соответствии с Предпринимательским кодексом Республики Казахстан».

Вместо отмененного Закона РК от 25 декабря 2008 г. «О конкуренции» в ПК появился раздел 4 (ст. 160–231).

Вместо отмененного Закона РК от 9 января 2012 г. «О государственной поддержке индустриально-инновационной деятельности» в ПК была включена глава 24 (ст. 242–272).

Прекрасно функционировал Закон РК от 8 января 2003 г. «Об инвестициях». Его заменили главой 25 (ст. 273–296).

Как видим, нормы этих законов составляют значительную часть ПК, который состоит из 324 статей. Количество статей, воспроизводящих нормы отмененных законов, составляет 267. Большинство остальных 57 статей – это нормы отмененного Закона РК от 31 января 2006 г. «О частном предпринимательстве».

Однако для придания солидности и пухлости Предпринимательскому кодексу в него были включены разделы, звучащие громко, но по существу ничего не значащие, так как они состоят из декларативных и отсылочных норм. К ним относятся глава 9 «Разрешения и уведомления» (7 статей), глава 10 «Техническое регулирование» (3 статьи), глава 11 «Государственное регулирование цен и тарифов» (9 статей), глава 12 «Обязательное страхование» (4 статьи). Есть еще ряд отсылочных глав.

Единственная глава, которая вводит реальное новшество, это нормы главы 28 ПК. Как вы думаете, чему она посвящена? Правильно думаете, это создание государственных органов, которые будут защищать и оберегать предпринимателей, обрастая при этом значительным бюрократическим аппаратом. Появляется два таких органа: Уполномоченный по защите прав предпринимателей, назначаемый на должность Президентом РК, и Инвестиционный омбудсмен, назначаемый на должность Правительством РК.

Как вы считаете, изменится что-нибудь, если вдруг исчезнет ПК и вновь появятся те законы, которые он отменил? На мой взгляд, никто этого не заметит. Должность Уполномоченного по защите прав предпринимателей может быть создана указом Президента РК. Президенту для этого не нужно санкционирование законом.

Тем более, что эти функции могла бы осуществлять Национальная палата предпринимателей, собирающая взносы со всех предпринимателей и имеющая громадный административный аппарат.

Для чего создавали Национальную палату предпринимателей, если не для защиты прав предпринимателей?

На мой взгляд, эффективность принятия нового закона нельзя сводить только к созданию очередного государственного органа.

Из изложенного может сложиться впечатление, что ПК — это бесполезный и безвредный закон. Насчет первого — это точно, но насчет второго возникают определенные опасения.

Определенные сложности с применением ПК могут возникнуть.

Единственным положительным моментом ПК является то, что он декларирует, что гражданско-правовые отношения регулируются гражданским законодательством. Однако эта декларация часто не выдерживается. В проекте много норм, являющихся по своей сущности гражданско-правовыми. Назову не все, но некоторые: ст. 28 — коммерческая тайна, ст. 23—27 — субъекты индивидуального предпринимательства, ст. 41—49 — крестьянское и фермерское хозяйства, ст. 50—53 юридические лица, глава 3 «Объединение субъектов предпринимательской деятельности», ст. 22 — саморегулирование, глава 5 «Государственно-частное партнерство», глава 12 «Обязательное страхование» и др.

По-хорошему эти нормы должны быть исключены из ПК, ибо они противоречат преамбуле и ст. 1 ПК.

Но в любом случае во избежание многочисленных проблем, которые неизбежно возникнут в случае расхождения норм ПК и ГК, я предлагал дополнить п. 2 ст. 2 ПК частью второй следующего содержания: «В случае противоречия между нормами настоящего Кодекса и нормами Гражданского кодекса Республики Казахстан применяются нормы Гражданского кодекса Республики Казахстан».

К сожалению, это предложение не было учтено. Поэтому на практике могут возникнуть расхождения между ГК и ПК.

Имеются в ПК и другие противоречия. Например, вопрос возникает в связи с включением в ПК главы 25 об инвестиционной деятельности. Значит ли это, что любая инвестиционная деятельность является предпринимательской? Если это так, то, во-первых, возникнут неразрешимые проблемы с признанием государства предпринимателем, во-вторых, любая старушка, купившая акции в рамках народного IPO и сделавшая таким образом инвестиции, автоматически становится предпринимателем.

Это проблема уже обсуждалась и в литературе, и в судебной практике в связи с участием адвокатов в инвестиционной деятельности через ТОО и АО¹. Поэтому необходимо было сделать в ст. 274 ПК

¹ См., например: *Карагузов Ф.С.* О праве казахстанских адвокатов учреждать коммерческие организации // Юрист. 2010. № 7. С. 33—40; *Сулейменов М.К.* Всегда ли инвестиционная деятельность является предпринимательской? // Юрист. 2011. № 5. С. 12—16; *Розенцвайг А.В., Бабкин С.Б.* О некоторых аспектах взаимоотношения адвокатов и органов юстиции в Республике Казахстан // Актуальные проблемы частного права. Liber amicorum в честь академика М.К. Сулейменова. Алматы: Юрид. фирма «Зангер», НИИ частного права, 2011. С. 508—520.

специальную оговорку, что не всякая инвестиционная деятельность является предпринимательской.

Как же решен этот вопрос в ПК?

Пункт 3 ст. 274 ПК гласит: «Деятельность физических и юридических лиц по участию в уставном капитале коммерческих организаций либо созданию или увеличению фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности, а также для реализации проекта государственно-частного партнерства, в том числе концессионного проекта, признается инвестиционной деятельностью».

Но является ли эта инвестиционная деятельность предпринимательской?

В п. 2 ст. 273 ПК закрепляется: «Настоящим Кодексом не регулируются отношения, связанные с: осуществлением инвестиций из средств государственного бюджета; вложением капитала в некоммерческие организации, в том числе для образовательных, благотворительных, научных или религиозных целей».

Из этого вытекает, что вложение капитала в коммерческие организации регулируется настоящим Кодексом. Но поскольку это Предпринимательский кодекс, вытекает ли из этого, что вложение капитала в уставные капиталы коммерческих организаций является предпринимательской деятельностью? Не совсем ясно.

В законах не должно быть норм, допускающих различные толкования.

Я высказал только часть замечаний, возникших при поверхностном знакомстве с ПК. Более детальное изучение не представляется нужным ввиду полной бесполезности и вредности Предпринимательского кодекса Республики Казахстан.

8.2.3. Инвестиционное право

Введение

Об инвестициях, особенно иностранных, я начал писать достаточно давно и написал довольно много¹. Но вопросом о месте инвестиционного права в системе права я почти не занимался и хочу теперь восполнить этот пробел.

Данный вопрос приобрел особенную актуальность в связи с тем, что наши доблестные чиновники из Министерства юстиции вдруг стали

¹ См., например: *Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан* / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: Гылым, 1998; *Право и внешнеэкономическая деятельность в Республике Казахстан* / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮА, 2001; *Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане*. Алматы, 2005; и др.

предъявлять иски о лишении лицензий адвокатов на том основании, что они имеют акции АО или являются учредителями ТОО. Это инвестиции, а инвестиционная деятельность — это предпринимательская, а предпринимательской деятельностью адвокатам заниматься нельзя.

Совершенно нелепый вывод, ложный силлогизм, если исходить из правил формальной логики.

Но чтобы его опровергнуть, необходимо провести различие между инвестиционной и предпринимательской деятельностью. Для этого надо обосновать соотношение предпринимательского и инвестиционного права, что упирается, в конце концов, в вопрос о месте инвестиционного права в системе права.

Основные взгляды на правовую природу инвестиционного права

В юридической литературе сложились различные взгляды на правовую природу инвестиционного права и его место в системе права.

Наиболее распространена точка зрения, что инвестиционного права как отрасли права не существует. В лучшем случае можно говорить об отрасли законодательства¹. Другие считают, что инвестиционное право выступает как институт предпринимательского права². По мнению третьих (в основном это те, кто специально занимается исследованием инвестиционных отношений), инвестиционное право — комплексная отрасль права³.

Среди тех, кто признает инвестиционное право как комплексное образование, сложилось две точки зрения: 1) инвестиционное право как институт предпринимательского права как комплексной отрасли права; 2) инвестиционное право как комплексная отрасль права. Истина, как это часто бывает, лежит где-то посередине.

Всегда ли инвестиционная деятельность выступает как предпринимательская?

Основным аргументом тех, кто относит инвестиционное право к комплексной отрасли права, существующей наряду с предпринима-

¹ См., например: Коммерческое право: Учебник / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой СПб.: Изд. С.-Петерб. ун-та, 1998. Ч. 2. С. 114–115.

² См., например: *Круглова Н.Ю.* Хозяйственное право. М.: Русская деловая литература, 1998. С. 420–429; *Ершова И.В., Иванова Т.М.* Предпринимательское право: Учеб. пособие. М.: Юриспруденция, 2000. С. 281–300; *Казиева Г.Т.* Правовое регулирование инвестиционной деятельности в Республике Казахстан (проблемы теории): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Алматы, 2010. С. 8.

³ См.: *Мороз С.П.* Инвестиционное право Республики Казахстан: Науч. изд. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2006. С. 57–66; *Самарходжаев Б.Б.* Инвестиции в Республике Узбекистан. Ташкент: Изд. Академия, 2003. С. 9; *Фархутдинов И.З.* Инвестиционное право: Учеб.-практ. пособие. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 13–15; *Бозоров Р.Б.* Инвестиционное право: Учебник. Душанбе, ТГНУ, 2008. С. 11–15.

тельным правом выступает тот факт, что возможна инвестиционная деятельность (например, индивидуальные инвесторы на рынке ценных бумаг, приобретение гражданами или юридическими лицами акций АО или долей участия в ТОО и т.п.), которая не является предпринимательской¹.

Странно, что такой же аргумент приводят авторы, считающие инвестиционное право институтом предпринимательского права².

Например, О.Н. Кондрашкова считает, что инвестиционная деятельность — один из видов предпринимательской деятельности. Ей присущи все признаки предпринимательства: самостоятельность, инициативность, риск³.

Однако она сама чувствует некоторое неудобство от такого решительного заявления, которое расходится с действительностью, и делает весьма знаменательную оговорку.

Она пишет далее: «Однако у инвестиционной деятельности есть специфика, которая состоит в том, что средства инвестора вкладываются в объекты предпринимательской деятельности с целью извлечения или эксплуатации этих объектов в будущем. Самостоятельность и инициативность инвестора проявляются на стадии принятия решения о вложении собственных средств в качестве инвестиций в реализацию какого-либо объекта предпринимательской деятельности, а затем участие инвестора может носить и пассивный характер — ожидания прибыли»⁴.

Весьма странный предприниматель, не правда ли? Сидит и пассивно ожидает прибыли. А где признаки предпринимательства: самостоятельность, инициативность, риск?

И.В. Ершова и Т.М. Иванова, сославшись на это изречение из учебника под редакцией их учителя профессора В.С. Мартемьянова, сделали из этого вывод о дискуссионности вопроса о том, является ли инвестиционная деятельность предпринимательской⁵. Хотя, если честно, я в этом отрывке особой дискуссионности не увидел. Просто два абзаца, каждый из которых противоречит другому. И.В. Ершова и Т.М. Иванова, надо отдать им должное, делают большой шаг вперед, хотя и очень осторожный.

¹ См., например: Мороз С.П. Указ. соч. С. 58.

² См.: Ершова И.В., Иванова Т.М. Предпринимательское право: Учеб. пособие. М.: Юриспруденция, 2000. С. 67.

³ См.: Хозяйственное право: Учебник для вузов. Т. 2 / Отв. ред. проф. В.С. Мартемьянов. М.: БЕК, 1994. С. 153.

⁴ Там же. С. 154; См. также: Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник / Под ред. науч. ред. С.А. Зинченко, Г.И. Колесника. 3-е изд. М.: Дашков и К°, Академцентр, 2009. С. 609–610.

⁵ См.: Ершова И.В., Иванова Т.М. Предпринимательское право: Учеб. пособие. М.: Юриспруденция, 1999. С. 227.

Они пишут: «Если мы безусловно признаем инвестиционную деятельность предпринимательской, то у любого лица, которое приобретает ценную бумагу, возникает обязанность регистрироваться в качестве предпринимателя. Поэтому представляется, что инвестиционная деятельность в разных своих проявлениях может носить статус предпринимательской, а может таковой и не являться»¹.

Однако возникает вопрос: если инициативная деятельность может быть и не предпринимательской, как же инвестиционное право может быть институтом предпринимательского права, что вытекает из факта включения раздела о правовом регулировании инвестиционной деятельности в учебник «Предпринимательское право»?

В России возникла схожая с Казахстаном ситуация, когда участие адвокатов в АО и ТОО признавалось незаконным, так как им запрещено заниматься коммерческой деятельностью. Правда, до такой глупости официальные органы России еще не додумались. Это было высказано на телевидении в передаче «Момент истины» А. Караулова. Причем адвокаты затем подали иск о защите деловой репутации².

Эта позиция вызвала в России резкую критику в юридической литературе. К.К. Лебель задает возмущенные вопросы: «Разве деятельность по приобретению акций и получению начисленных на них дивидендов является предпринимательской? А приобретение облигаций с купонным или иным доходом? А игра в азартные игры, тотализаторы и т.д.?» И отвечает: «Во всех этих и подобных им случаях деятельность по использованию денег является экономической, но не предпринимательской. Далее он продолжает: «Акционеры, участники обществ с ограниченной и дополнительной ответственностью, члены производственных и потребительских кооперативов, вкладчики (коммандитисты) в товариществах на вере не являются предпринимателями. Их деятельность по внесению вкладов в уставные (складочные) капиталы коммерческих организаций, получению дивидендов и участию в управлении делами коммерческих организаций не может признаваться предпринимательской деятельностью, поскольку не сами акционеры и участники осуществляют предпринимательскую деятельность, а коммерческие организации, в уставном капитале которых имеется их доля. Только полные товарищи в полных товариществах на вере являются предпринимателями и осуществляют предпринимательскую деятельность от имени товарищества.

¹ См.: *Ершова И.В., Иванова Т.М.* Предпринимательское право: Учеб. пособие. М.: Юриспруденция, 1999. С. 67.

² См.: *Степанн М., Тополь С.* Андрей Караулов пошел по делу. Уголовному // Коммерсантъ. 2001. 16 ноября; *Беррес Л.* Андрей Караулов говорит правду и только правду. Свидетельствует Мосгорпрокуратура // Коммерсантъ. 2001. 17 ноября.

Под этим углом зрения представляются необоснованными и внутренне противоречивыми нормы ряда федеральных законов, которые запрещают государственным и муниципальным служащим осуществлять правомочия собственника акций»¹.

В.С. Белых также считает неправильным сводить инвестиционную деятельность к предпринимательской деятельности, хотя последняя занимает значительное место. В соответствии с этим он делит инвестиционную деятельность на предпринимательскую и непредпринимательскую².

Весьма интересное исследование провел Ф.С. Карагузов. Он доказывает, что возможна инвестиционная деятельность, не являющаяся предпринимательской. Не всякий доход, получаемый гражданином, является доходом от предпринимательской деятельности. Заработная плата, доход от подсобного хозяйства, рентные платежи, суммы дивидендов по акциям, доход от участия в капитале хозяйственных обществ и товариществ, вознаграждение по банковским депозитам и долговым ценным бумагам, доход от продажи собственного имущества и иные доходы, полученные по отдельным гражданско-правовым договорам, — все эти виды дохода нельзя отнести к доходам, полученным от предпринимательской деятельности.

Например, существует понятие инвестиционной деятельности, содержанием которой является вложение средств в объекты инвестиций (недвижимость, ценные бумаги, банковские счета, драгоценные металлы и минералы, художественные произведения и т.п.), владение и пользование которыми (либо продажа которых в будущем) могут принести доход их собственникам. Однако эта деятельность не может быть автоматически признана предпринимательской, хотя может быть необходимым условием для успешной реализации предпринимательства³.

Вернемся к определению инвестиционной деятельности. Насколько это определение совпадает с определением предпринимательской деятельности и можно ли из него вывести положение, что инвестиционная деятельность всегда предпринимательская?

В соответствии с Законом Казахской ССР от 10 июня 1991 г. «Об иностранных инвестициях» (отмененном в 1994 г.) инвестиции — все виды вложений, вкладываемые в **объекты предпринимательской и других**

¹ См.: *Лебедь К.К.* Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). СПб.: Юрид. Центр Пресс, С. 86—87.

² См.: Предпринимательское право России: Учебник / Под ред. В.С. Белых. М.: Проспект, 2010. С. 434, 437.

³ См.: *Карагузов Ф.С.* О праве казахстанских адвокатов учреждать коммерческие организации // Юрист. 2010. № 7. С. 33—40.

видов деятельности с целью получения прибыли, социального, экономического, экологического и научно-технического эффекта. В Законе РК от 27 декабря 1994 г. «Об иностранных инвестициях» (отмененном в 2003 г.) под инвестициями понимались все виды имущественных и интеллектуальных ценностей, вкладываемых в **объекты предпринимательской деятельности** в целях получения дохода. В действующем Законе РК от 8 января 2003 г. «Об инвестициях» закреплено, что инвестиции — все виды имущества, вкладываемого инвестором в уставный капитал юридического лица, или увеличение фиксированных активов, **используемых для предпринимательской деятельности**.

В российском Законе от 26 июня 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» под инвестициями понимается имущество и имущественные права, вкладываемые в **объекты предпринимательской и других видов деятельности** в целях получения прибыли (дохода) и достижения положительного социального эффекта.

Различны определения инвестиционной деятельности и в юридической литературе. Например, С.П. Мороз определяет инвестиции как все виды имущественных и интеллектуальных ценностей, а также права на них, вкладываемые в **объекты предпринимательской и иной деятельности** с целью получения прибыли (дохода) и (или) достижения положительного социального эффекта¹.

Г.Т. Казиева дает другое определение: все виды имущества, используемые инвестором с целью получения дохода для создания **объекта предпринимательской деятельности** либо для передачи в виде вклада в уже созданные объекты предпринимательской деятельности².

Если отбросить в сторону разногласия по поводу состава инвестиций (этот вопрос я опускаю, поскольку я писал об этом достаточно много)³, то основной водораздел между всеми этими определениями: 1) вкладываемые в объекты предпринимательской деятельности или 2) вкладываемые в объекты предпринимательской или иной деятельности. Соответственно для первых целью инвестиций является получение предпринимательского дохода, для других — получение дохода или иного социального эффекта от объектов как предпринимательской, так и иной деятельности.

¹ См.: Мороз С.П. Инвестиционное право Республики Казахстан: Науч. изд. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2006. С. 225; См. также: Еришова И.В., Иванова Т.М. Предпринимательское право: Учеб. пособие. М.: Юриспруденция, 1999. С. 227.

² См.: Казиева Г.Т. Правовое регулирование инвестиционной деятельности в Республике Казахстан (вопросы теории): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Алматы, 2010. С. 10.

³ См.: Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды). Алматы, 2006.

Очевидно, что если инвестиционная деятельность может быть и не предпринимательской, то права вторые. С этой точки зрения редакция Закона «Об иностранных инвестициях» 1994 г. предпочтительнее, чем редакция Закона «Об инвестициях» 2003 г.

В то же время, на мой взгляд, и первые, и вторые неправы в том, что вложение инвестиций в объекты предпринимательской деятельности они отождествляют с осуществлением предпринимательской деятельности. Между тем это не так.

Инвестор, вложивший инвестиции в объекты предпринимательской деятельности, совсем не обязательно должен стать предпринимателем. Если он купил акции в АО или долю участия в ТОО, он не становится от этого предпринимателем.

Виды инвестиций и предпринимательская деятельность

Посмотрим на соотношение инвестиционной и предпринимательской деятельности с помощью анализа видов инвестиций. Я не собираюсь определять правильность или неправильность той или иной классификации, просто я хочу определить, какие виды инвестиционной деятельности являются предпринимательскими, а какие нет.

В.Г. Воронин делит инвестиции на: 1) материальные (реальные) инвестиции (инвестиции в материальные объекты); 2) финансовые (номинальные) инвестиции (финансовые средства собственника, вкладываемые в ценные бумаги, в долю (пай), вклады, а также предоставление кредита за счет собственных средств и т.д.); 3) нематериальные инвестиции (инвестиции в общие условия воспроизводства, формирование рынка с помощью рекламы, научно-технического проекта, квалификацию сотрудников, организацию предприятия)¹.

К предпринимательской здесь относится инвестиционная деятельность, связанная с инвестициями в первой группе. Из второй группы может быть отнесено к предпринимательской при наличии признаков предпринимательства предоставление кредитов за счет собственных средств. В третьей группе все хаотично перемешано. Реклама и организация производства могут осуществляться в целях развития предпринимательской деятельности. Однозначно не являются предпринимательскими социальные мероприятия.

Многими авторами инвестиции разделяются на: 1) прямые инвестиции (вложение средств в производство, приобретение реальных активов); 2) ссудные инвестиции (предоставление денежных средств в долгосрочную ссуду (портфель ссуд) в национальной или иностран-

¹ См.: Воронин В.Г. Организация и финансирование инвестиций. Омск: Изд. «Омский дом печати», 1999. С. 11–12.

ной валюте (валютный портфель); 3) портфельные инвестиции (в форме приобретения ценных бумаг)¹.

Инвестиции первой группы, несомненно, связаны с предпринимательской деятельностью. Видимо, это верно и для инвестиций второй группы. Портфельные инвестиции с предпринимательской деятельностью не связаны.

С.П. Мороз делит инвестиции на капиталобразующие и интеллектуальные, государственные и частные, иностранные и национальные (отечественные)².

Из этих видов инвестиционной деятельности не связаны с предпринимательской государственные инвестиции (бюджетные инвестиции) и интеллектуальные (в трактовке С.П. Мороз: подготовка специалистов, повышение квалификации и т.п. за счет бюджета). Остальные виды могут как относиться к предпринимательской деятельности, так и не относиться.

Но наиболее распространенным является одновременное деление инвестиций: 1) в зависимости от объекта вложения — на реальные и финансовые; 2) в зависимости от степени участия в управлении капиталом прямые и портфельные³.

Таким образом, основной вид инвестиционной деятельности, выступающий в качестве предпринимательской деятельности, — это реальные инвестиции — вложения в реальные активы, инвестиции, осуществляемые в сфере материального производства.

Реальным инвестициям противостоят финансовые инвестиции. Они в литературе понимаются по-разному, но в основном это вложение в ценные бумаги, банковские депозиты и сертификаты. Как правило, это не предпринимательская деятельность.

Еще одна классификация инвестиций — прямые и портфельные. Прямые в основном совпадают с реальными, но к ним добавляются еще частично вложения в ценные бумаги, так как к портфельным инвестициям относятся вложения в оплату акций (вкладов участников) юридического лица только в случае, если лицу, осуществляющему такие вложения, будет принадлежать менее определенного процента

¹ См., например: *Хозяйственное право: Учебник для вузов. Т. 2* / Отв. ред. проф. В.С. Мартенянов. М.: БЕК, 1994. С. 154; *Ершова И.В., Иванова Т.М.* Указ. соч. С. 227228; *Предпринимательское право России: Учебник* / Под ред. В.С. Белых. М.: Проспект, 2010. С. 435–436.

² См.: *Мороз С.П.* Указ. соч. С. 229–240.

³ См., например: *Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник* / Под науч. ред. С.А. Зинченко, Г.И. Колесника. 3-е изд. М.: Дашков и К°, Академцентр, 2009. С. 615–617; *Предпринимательское право России: Учебник* / Отв. ред. В.С. Белых. М.: Проспект, 2010. С. 435–436.

голосующих акций (в Казахстане раньше было менее 10%, по определению МВФ, — менее 25%, в странах ЕС — 20-25%, в Канаде, Австралии и Новой Зеландии — 50% уставного капитала и т.п.). Значит, то, что выше этого процента, — это уже прямые инвестиции¹.

Такое определение нам не подходит. На мой взгляд, все вложения в уставный капитал юридических лиц независимо от процента — это не предпринимательская деятельность.

Согласно действующему Закону РК «Об инвестициях» к инвестициям относятся все виды имущества, вкладываемые инвестором в уставный капитал юридического лица или увеличение фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности.

Из этого определения довольно четко вытекает, что к предпринимательской деятельности относятся инвестиции, вкладываемые в увеличение фиксированных активов. Инвестиции, вкладываемые в уставный капитал юридического лица, нельзя отнести к используемым для предпринимательской деятельности.

Является ли инвестор, купивший акции, предпринимателем?

Таким образом, анализ видов инвестиций показал, что осуществление не всех из них выступает в качестве предпринимательской деятельности. Не рассматривая здесь государственные и социальные инвестиции, можно сделать вывод, что главным таким видом являются вложения в ценные бумаги и приобретение акций и долей участия в АО и ТОО.

Если гражданин купил акции или приобрел долю участия в ТОО, это не значит, что он стал предпринимателем. Предпринимательскую деятельность осуществляет не он, а само АО или ТОО.

При анализе инвестиционной деятельности как приносящей доходы не учитывается, что самого факта получения доходов еще недостаточно для признания этой деятельности предпринимательской. Для этого необходимо наличие признаков, характерных для предпринимательской деятельности. Эти признаки определены в п. 1 ст. 10 ГК РК: предпринимательская деятельность осуществляется от имени, на риск и под имущественную ответственность предпринимателя. Там же говорится, что предпринимательство — это инициативная деятельность граждан и юридических лиц, направленная на получение чистого дохода путем удовлетворения спроса на товары (работы, услуги)².

¹ Подробнее о классификациях инвестиций см.: Мороз С.П. Указ. соч. С. 226–251.

² Подробнее см. § 8.2.2 настоящей работы.

Эти признаки (инициативная деятельность, получение дохода путем удовлетворения спроса на товары (работы, услуги), на свой риск и под свою имущественную ответственность) напроочь отсутствуют при осуществлении инвестиционной деятельности путем покупки акций или долей участия в ТОО. Цель инвестора — получение дохода, но не путем удовлетворения спроса на товары (работы, услуги). Никакой деятельностью предпринимателя он не собирается заниматься и не может заниматься. Всем этим занимаются АО или ТОО, которые отчисляют инвестору дивиденды на акции или долю участия.

Здесь можно спокойно провести аналогию с рантье, который положил капитал в банк и живет на проценты. Вложение капитала — это, несомненно, инвестиции. Также несомненно, что рантье не предприниматель, он не собирався им быть и не может им быть.

Совершенно прав Ф.С. Карагузов, утверждая (со ссылками на труды западных авторов), что современное корпоративное право основано на разделении интереса акционеров и ответственности органа управления АО. Корпорация управляется органом управления (совет директоров или правление) под его ответственность. Акционеры (участники ТОО) не вправе вмешиваться в деятельность органа управления корпорации. В связи с этим у акционеров (участников ТОО) сохраняется лишь имущественный интерес в результатах деятельности корпорации они не осуществляют какой-либо непосредственной деятельности в отношении корпорации или по поводу ее существования, а следовательно, не являются и предпринимателями¹.

Причем даже когда инвестор сам входит в орган управления АО или ТОО, он не становится предпринимателем. Для наглядности я покажу это на собственном примере.

За годы с начала обретения Казахстаном независимости я участвовал в создании ряда ТОО. Многие из них бесславно почили в бозе, не успев набрать обороты, но сохранилось два действующих. В одном из них все партнеры изредка участвуют в заседаниях общего собрания ТОО, но всеми конкретными делами занимается орган управления — исполнительный директор. Партнеры являются инвесторами, но не являются предпринимателями. Предпринимателем является само ТОО, приглашенный исполнительный директор — это орган управления.

В другом ТОО та же картина, но функции директора исполняет один из партнеров. От этого он не становится предпринимателем, он выступает в двух функциях — как инвестор и как исполнительный орган ТОО, которое и осуществляет (как юридическое лицо) предпринимательскую деятельность.

Даже если я один создам ТОО и буду в нем и общим собранием, и исполнительным органом, все равно я не буду предпринимателем.

Я не обязан регистрироваться в качестве предпринимателя, так как моя деятельность инвестиционная, но не предпринимательская. Предпринимательской деятельностью занимается ТОО, которое я зарегистрировал как коммерческую организацию.

Соотношение инвестиционного и предпринимательского права

Таким образом, существует инвестиционная деятельность, не являющаяся предпринимательской. Предмет инвестиционного права шире, чем предмет предпринимательского права. Поэтому проблематичным выглядит рассмотрение инвестиционного права в качестве института предпринимательского права. В то же время сторонники рассмотрения инвестиционного права как отдельной от предпринимательского права отрасли права ограничиваются обычно констатацией факта наличия инвестиционной деятельности, не являющейся предпринимательской. Ими не решен главный вопрос: каково соотношение инвестиционного и предпринимательского права.

Если с этой точки зрения посмотреть на инвестиционное право, то его предметом будут выступать два вида отношений:

- 1) инвестиционные предпринимательские отношения;
- 2) инвестиционные непредпринимательские отношения.

Правовые нормы, регулирующие первую группу инвестиционных отношений, входят в предпринимательское право как комплексную отрасль права и составляют институт предпринимательского права.

Одновременно они составляют и институт инвестиционного права. Остальную часть норм предпринимательского инвестиционного права тоже можно разбить на институты: государственные инвестиции; социальные инвестиции; инвестиции в ценные бумаги, в уставный капитал юридических лиц, депозиты, долговые бумаги и другие виды финансовых инвестиций; возможны и другие виды предпринимательских инвестиций.

Все это вместе (и предпринимательские, и непредпринимательские инвестиции) составляют инвестиционное право как комплексную отрасль права, которая хотя и перекрещивается с предпринимательским правом, все же представляет собой отдельную комплексную отрасль права.

Схематически это можно изобразить следующим образом (схема 1). Из этой схемы ясно видно, что инвестиционная деятельность только частично является предпринимательской, и регулируется она инвестиционным предпринимательским правом. Остальные институты инвестиционного права довольно разнородны, и объединяет их только то, что они регулируют инвестиционные отношения, не



Схема 1

связанные с предпринимательской деятельностью. Комплексность этих институтов заключается в том, что они включают в себя нормы различных основных отраслей права (государственное, административное, финансовое, гражданское, международное частное право и др.).

Несколько особняком стоят государственные инвестиции. Понастоящему они инвестиционным законодательством не регулируются. В основном регулятором выступает финансовое право в форме бюджетного инвестирования. Сомнительно здесь также включение гражданского права в систему регуляторов. Хотя теоретически и практически это возможно (понятие юридического лица, правосубъектность, вопросы вещных прав и т.п.).

8.2.4. Право внешнеэкономической деятельности (внешнеэкономическое право) как институт предпринимательского инвестиционного права

Определение права внешнеэкономической деятельности

В определении понятий «внешнеэкономическая деятельность» (далее — ВЭД), «право внешнеэкономической деятельности» в литературе наблюдается значительный разнбой.

Приведем несколько таких определений.

1. Под внешнеэкономической деятельностью понимается деятельность, связанная с приобретением, изменением или прекращением прав и обязанностей, обусловленных созданием, использованием или

отчуждением материальных благ или иных результатов человеческой деятельности, в отношениях между лицами различной государственной принадлежности¹.

2. Внешнеэкономическая деятельность может рассматриваться как деятельность государства по развитию сотрудничества с другими государствами в области торговли, экономики, техники, культуры, туризма. Основной правовой формой такого сотрудничества являются международные договоры.

В то же время под внешнеэкономической деятельностью понимается предпринимательская деятельность, связанная с перемещением через таможенную границу товаров (продукции) и капитала (финансовых средств), а также оказание услуг и выполнение работ на территории иностранного государства. Правовой формой реализации этой деятельности служат внешнеторговые контракты, являющиеся специфическим видом хозяйственного договора².

3. ВЭД суверенных республик – это совокупность принципов и норм, регулирующих отношения их участников (государств, юридических и физических лиц) в области ВЭД на основе их полного равноправия и взаимной выгоды³.

4. Внешнеэкономическая деятельность включает в себя внешнеторговую производственную кооперацию, валютные и финансово-кредитные операции, а также некоторые другие виды деятельности⁴.

5. Под ВЭД Казахстана понимается деятельность субъектов этой сферы деятельности по экспорту, импорту товаров (услуг), по вопросам иностранных инвестиций, страхования, совместного предпринимательства в области материального и иного производства с целью формирования и становления рыночной экономики Республики, ее вхождения в мировую экономику и, самое главное, удовлетворения потребностей населения Республики⁵.

6. Внешнеторговая деятельность определяется в законодательстве РФ как предпринимательская деятельность в области международного обмена товарами, работами, услугами, информацией, результа-

¹ См.: Коммерческое право: Учебник. Ч. II / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. СПб., 1998. С. 360.

² См.: Хозяйственное право: Учебник для вузов. Т. 2 / Отв. ред. проф. В.С. Мартемьянов. М.: БЕК. 1994.

³ См.: *Бейшембиев Э.Д.* Внешнеэкономическая деятельность суверенных республик и современное международное право. Бишкек: Кыргызстан, 1992. С. 6.

⁴ См.: *Звеков В.П.* Международное частное право: Курс лекций. М.: Норма, Инфра-М, 1999. С. 273.

⁵ См.: Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности: Учеб. и практ. пособие. 2-е изд. Алматы: Гылым. С. 7–8.

тами интеллектуальной деятельности, в том числе исключительными правами на них¹.

Здесь приведено только несколько, причем взятых произвольно, определений внешнеэкономической деятельности. Но и из этих примеров видно, что четко выраженного понимания ВЭД в экономической и юридической литературе нет.

Что касается определения понятия «право внешнеэкономической деятельности», то в этом вопросе полнейшая неопределенность. Никто и не пытается разобраться в этом понятии.

Например, дается такое определение: «Под правом ВЭД понимается совокупность правовых норм, регулирующих различные аспекты деятельности Казахстана во внешнеэкономической сфере, в международных экономических отношениях»². Ясно, что это определение ни о чем, просто набор фраз. Особенно неопределенной является фраза «различные аспекты деятельности». В другом месте дается определение: «Право ВЭД – прикладная наука, изучающая в рамках своего предмета те нормы государственного права, гражданского права, административного, финансового права Республики Казахстан, которые напрямую регулируют ВЭД республики»³. Здесь право ВЭД – уже наука. Не делается различий между правом ВЭД как отраслью права, отраслью законодательства и наукой.

Из приведенных определений следует, что в понятие ВЭД вкладывается самое различное содержание, и каждое определение имеет право на существование, если исходить из цели исследования. Отбросив те определения, в которых смешиваются в кучу самые разные аспекты разнородных отношений, мы выделим два основных определения. Этот выбор обусловлен тем, что главные разночтения определения ВЭД заключаются в стремлении привязать это определение к разным субъектам. Понятие ВЭД будет различным в случаях, когда субъектами выступают государства и когда субъектами выступают юридические и физические лица.

Следовательно, надо выделить два аспекта определения ВЭД:

1) ВЭД государства, представляющую собой деятельность государства по установлению отношений с другими государствами в сфере экономики. Эти отношения оформляются международными договорами, а их правовое регулирование по объему совпадает с международным экономическим правом;

¹ См.: Федеральный закон от 13 октября 1995 г. «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» // СЗ РФ. 1995. № 42. Ст. 3923.

² См.: Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности: Учеб. и практ. пособие. 2-е изд. Алматы: Гылым. С. 8.

³ См.: там же. С. 9.

2) ВЭД юридических и физических лиц, т.е. предпринимательская деятельность в отношениях, в которых присутствует иностранный элемент. Круг этих отношений определяют по-разному, но обычно в него включают внешнеторговую деятельность, иностранные инвестиции, производственную кооперацию, валютные и финансово-кредитные операции, т.е. те отношения, которые регулируются международным частным правом.

Таким образом, можно было бы дать два самостоятельных определения ВЭД и сказать, что ВЭД государства нас не интересует как регулируемое международным публичным правом. Что же касается ВЭД юридических и физических лиц, то ее регулирование находится в рамках международного частного права и им покрывается.

Но это было бы значительным упрощением проблемы, практически снятием ее с рассмотрения. Между тем проблема значительно шире и глубже.

Прежде всего для выявления предмета правового регулирования ВЭД можно привлечь понятие «международные экономические отношения» (МЭО). В литературе даются различные определения МЭО, но наиболее распространенное сводится к тому, что МЭО — это система хозяйственных связей между национальными экономиками отдельных стран, группами стран и субъектами хозяйствования. Совокупность национальных экономик образует мировое хозяйство.

Традиционно МЭО подразделяют на межгосударственные и гражданско-правовые отношения. В межгосударственных экономических отношениях действующими субъектами являются государства и правительственные международные организации, а в международных гражданско-правовых отношениях — юридические и физические лица различных государств, в том числе транснациональные корпорации (ТНК). Регулирование МЭО осуществляется, таким образом, как международным экономическим правом, так и международным частным правом.

Таким образом, можно представить себе предметом правового регулирования ВЭД международные экономические отношения, и тогда ВЭД будет охватывать международное экономическое право и международное частное право.

Однако и это не решает проблемы.

На практике сложилось понятие ВЭД в широком смысле слова, куда включают большой круг вопросов, не охватываемых приведенными выше двумя определениями. Можно назвать эти вопросы: государственное регулирование ВЭД, таможенная деятельность, финансовое обеспечение ВЭД, инфраструктура ВЭД, трудовые отношения в сфере ВЭД, т.е. это отношения, связанные с деятельностью

государственных органов по управлению, контролю и обеспечению ВЭД. Регулируются эти отношения государственным, административным, финансовым, земельным, трудовым, процессуальным и еще рядом отраслей права.

Резюмируя сказанное, можно в первом приближении сформулировать следующие выводы.

В понятии ВЭД надо выделять два вида:

- 1) ВЭД государства, т.е. деятельность государства в экономических отношениях с другими государствами;
- 2) ВЭД юридических и физических лиц, т.е. предпринимательскую деятельность в отношениях с участием иностранного элемента.

Правовое регулирование ВЭД охватывает три крупных блока права:

- 1) международное публичное право;
- 2) международное частное право;
- 3) внутреннее законодательство отдельного государства (Казахстана) — государственное, административное, финансовое, земельное, трудовое, процессуальное и иные отрасли права, связанные с ВЭД (государственное регулирование ВЭД, таможенная деятельность, финансовое обеспечение ВЭД, инфраструктура ВЭД, трудовые отношения в сфере ВЭД и т.п.).

Это только самый предварительный вывод, основанный на анализе различных определений ВЭД, данных в литературе. Для того, чтобы более детально разобраться в правовой природе норм, регулирующих ВЭД, необходимо проанализировать те отрасли права, которые регулируют отношения, имеющие отношение к ВЭД, и показать соотношение этих отраслей с правом внешнеэкономической деятельности.

Право внешнеэкономической деятельности и международное экономическое право

Регулирование международных отношений осуществляется двумя отраслями права: международное публичное право и международное частное право. Международное публичное право часто называют международным правом.

Международное право — это система юридических норм, регулирующих межгосударственные отношения в целях обеспечения мира и сотрудничества.

Под межгосударственными понимаются отношения с участием государств и государственных образований, таких как нация, борющаяся за создание собственного государства, вольный город.

Источниками международного права являются международный договор и международный обычай. В последнее время к источникам стали также относить акты международных конференций, акты меж-

дународных организаций¹. Иногда эти акты называют источниками международного «мягкого права».

Если исходить из двухаспектного понимания ВЭД, которое дано выше, то первый аспект определения, т.е. ВЭД государства, явно подпадает под действие международного права. Однако важно определить, к какой части международного права относится право внешнеэкономической деятельности государства.

Нетрудно заметить, что наиболее близко ВЭД государства соприкасается с международным экономическим правом.

Международное экономическое право (далее – МЭП) начало формироваться сравнительно недавно. В учебниках по международному праву его определяют обычно как отрасль международного публичного права, которая представляет собой совокупность принципов и норм, регулирующих экономические отношения между государствами и другими субъектами международного права².

В научной литературе и учебных пособиях по международному экономическому праву большинство авторов также рассматривают МЭП как отрасль международного права³.

В то же время имеет место другая теория, согласно которой международное экономическое право регулирует международные экономические (хозяйственные, коммерческие) отношения между любыми субъектами права, участвующими в этих отношениях⁴.

Эта концепция является преобладающей в западной литературе. Можно, в частности, назвать таких авторов, как А. Левенфельд (США), П. Фишер, Г. Эрлер, В. Фикентшер (ФРГ), Е. Питерсман (Великобритания), П. Рейтер (Франция) и др. Эта концепция смыкается с выдвигаемыми на Западе теориями транснационального права, направленными на то, чтобы уравнивать в качестве субъектов международного права государства и транснациональные корпорации (П. Фридман и др.)⁵.

¹ См., например: *Международное право: Учебник для вузов* / Под ред. Г.В. Игнатенко. 2-е изд. М.: Высш. школа, 1995. С. 90–101.

² См.: *Международное право: Учебник*. 2-е изд. / Отв. ред. Ю.М. Колосов, В.И. Кузнецов. М.: Международ. отн., 1998. С. 417; *Бирюков П.Н.* Международное право: Учеб. пособие. М.: Юристъ, 1998. С. 15, 331; *Лукашук И.И.* Международное право. Особенная часть: Учебник. М.: БЕК, 1997. С. 163.

³ См., например: *Богуславский М.М.* Международное экономическое право. М., 1986; *Вельяминов Г.М.* Основы международного экономического права. М.: ТЕИС, 1994. С. 7; *Шумилов В.М.* Международное экономическое право. М.: ДЕКА, 1999. С. 21; *Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности: Учеб. и практическое пособие*. 2-е изд. Алматы: Гылым, 1997. С. 88.

⁴ См., например: *Международное право: Учебник для вузов* / Под ред. Г.В. Игнатенко. 2-е изд. М.: Высш. школа, 1995. С. 388.

⁵ См. об этом: *Вельяминов Г.М.* Указ. соч. С. 8.

Я исхожу из того основного посыла, что международное экономическое право необходимо четко отличать от международного частного права, а при присоединении ко второй концепции происходит явное смешение этих понятий. На мой взгляд, международное экономическое право следует рассматривать как отрасль международного публичного права, причем как одну из важнейших отраслей, приобретающих в последнее время все более возрастающее значение.

При таком понимании международного экономического права оно практически совпадает с понятием права ВЭД государства как деятельности государства по установлению отношений с другими государствами в сфере экономики.

Право внешнеэкономической деятельности и международное частное право

ВЭД понимается по-разному, сюда включаются и отношения между государствами, и отношения между юридическими и физическими лицами разных государств. Для целей настоящего исследования главным и основным являются отношения между юридическими и физическими лицами. С этой точки зрения основу права ВЭД должны составлять нормы международного частного права.

Как я отметил выше¹, международное частное право следует понимать как гражданско-правовые отношения международного характера или как международные гражданско-правовые отношения. Гражданское право здесь понимается в широком смысле слова, включая сюда семейное, трудовое право, международный гражданский процесс и международное частное процессуальное право.

Поэтому можно уточнить предмет МЧП, определяя его как международные частноправовые отношения или как частноправовые отношения, осложненные иностранным элементом².

Исходя из этого следует рассматривать МЧП как самостоятельную отрасль внутригосударственного права цивилистического типа, включающую в себя те части норм гражданского права в широком смысле слова (собственно гражданское право, семейное право, трудовое право, частное процессуальное право), которые регулируют частноправовые отношения, осложненные международным элементом. Если с учетом изложенного определить соотношение МЧП и ВЭД, получается, что значительная часть отношений, регулируемых МЧП, составляет предмет регулирования права ВЭД. Это часть отношений

¹ См.: § 7.5 настоящей работы.

² См.: Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Проспект. 2000. С. 10–13.

собственно гражданского права, которая составляет так называемое предпринимательское право, трудовое право, а также международный гражданский процесс и частное процессуальное право. То есть к ВЭД не относятся семейные отношения и та часть гражданско-правовых отношений, которая связана с деятельностью физических и юридических лиц, не носящей характера предпринимательской деятельности.

Право внешнеэкономической деятельности и *lex mercatoria*

Термин *lex mercatoria* в переводе с латинского означает «торговое право».

В принципе, в термине «торговое право» нет ничего противостественного. Торговое право можно, например, рассматривать как часть предпринимательского (т.е. гражданского) права. Международное торговое право можно рассматривать как часть международного частного права. Внешнеторговое право можно рассматривать как часть права внешнеэкономической деятельности.

Однако сторонники *lex mercatoria* рассматривают это понятие совсем в другом плане.

Основной смысл этой концепции состоит в обосновании автономности, обособленности регламентации международных торговых сделок от национальных правовых систем.

Концепция *lex mercatoria*, или, как ее иногда называют, новая *lex mercatoria*, начала формироваться в начале 1960-х г. усилиями французских ученых (Б. Гольдман, Ф. Кан, Ф. Фушар и др.). Развитие этой концепции продолжили и ученые других стран: Великобритании (К. Шмиттгофф), Швейцарии (Л. Копельманас, П. Лалив), Югославии (А. Голдштейн) и т.д.

Сторонники *lex mercatoria* по-разному определяют содержание этого понятия.

Например, по мнению одного из основоположников этой концепции Б. Гольдмана, *lex mercatoria* представляет собой совокупность принципов, норм и институтов, проистекающих из всех источников, которые питают юридические структуры и деятельность того сообщества, которое составляют участники международной торговли.

Другие юристы определяют *lex mercatoria* как «общие принципы и обычные правила, одинаковые правила, принятые во всех странах», «договорную практику, договоренности, предписания и решения, составляющие совокупность обычного права, являющиеся основой, на которой строилось и продолжает строиться национальное и международное коммерческое законодательство», «международ-

ную систему права, основанную на коммерческих договоренностях и договорной практике». Есть и другие определения¹. Есть и арбитражные решения, прямо признающие существование *lex mercatoria* как права торгового сообщества, например решение итальянского Кассационного суда (Judgement of February. 1982. Cass. 1982. Foro It. I. 2285 (It))².

В советской и постсоветской литературе сторонников *lex mercatoria* не слишком много. Собственно, этой проблемой у нас и заниматься начали совсем недавно. Появились разделы о *lex mercatoria* в учебниках по международному частному праву³, в некоторых монографиях⁴. Единственной работой, специально посвященной этой проблеме, является монография украинского ученого А.А. Мережко⁵. В ней он определяет *lex mercatoria* как совокупность норм, регулирующих транснациональные торговые отношения⁶.

Термин *lex mercatoria* используется при определении понятия международного торгового права. Так, предлагается следующее определение международного торгового права: совокупность правовых норм «международного законодательства» и нового *lex mercatoria*, регулирующих частные отношения, возникающие при осуществлении международной торговли. Под международным законодательством понимаются международные договоры, а также акты международных межправительственных организаций, предметом регулирования которых являются отношения по международной торговле. Новая *lex mercatoria* определяется как совокупность обычаев и обыкновений международной торговли, а также новые контракты, как правило, унифицированные международными, неправительственными объединениями предпринимателей⁷.

М.А. Сарсембаев под международным торговым правом понимает совокупность конвенциональных и обычных юридических норм, регулирующих международные торговые отношения. Он считает, что

¹ Обзор различных точек зрения см.: Мережко А.А. *Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права*. Киев: Таксон, 1999. С. 14–17.

² Изложение решения см.: Мережко А.А. Указ. соч. С. 15–16.

³ См.: Звеков В.П. *Международное частное право: Курс лекций*. М.: Изд. группа Норма-ИНФА, 1999. С. 303–306; *Международное частное право: Учебник* / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Проспект, 2000. С. 398–401.

⁴ См.: *Международное частное право: Современные проблемы*. М.: ТЕИС, 1994. С. 396–405.

⁵ Мережко А.А. *Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права*. К.: Таксин, 1999.

⁶ Там же. С. 19.

⁷ См.: Тынель А., Функ Я., Хвалец В. *Курс международного торгового права*. Минск: Амалфея, 1999. С. 7–8.

международное торговое право представляет собой симбиоз элементов международного публичного и международного частного права¹. Хотя автор прямо об этом не говорит (теория *lex mercatoria* им вообще не упоминается), в таком подходе явно проглядывают признаки *lex mercatoria*.

Сторонники концепции *lex mercatoria* нередко пользуются другими терминами. Помимо термина «международное торговое право» (Б. Гольдман) используются такие, например, термины, как «транснациональное право» (Ф. Джессен, К. Шмитхоф), «вненациональное право» (Ф. Фушар), «анациональное право», «право международной торговли» (Луссуари и Бредэн); «международное право предпринимательской деятельности» (Ж. Шапира), «международное купеческое право» и т.д.

К числу основных источников *lex mercatoria* обычно относят международные торговые обычаи и обыкновения, нормы международного публичного права, общие принципы права, типовые (модельные) законы, решения международных коммерческих арбитражей, типовые проформы и контракты.

Кроме того, выделяют еще вспомогательные источники: деловая практика, кодексы поведения, рекомендательные документы международных организаций, труды выдающихся юристов, «саморегулируемые контракты» (*contracts sans loi*)².

Как правильно отметил И.С. Зыкин, нетрудно заметить, что сторонники рассматриваемой теории трактуют весьма широко саму категорию «право». Они полагают, что право включает в себя не только предписания, являющиеся результатом нормотворческой деятельности государства или государств. К нему относят любое регулирование социального поведения, принятого в обществе³.

Вряд ли это правильно. В принципе, обычай признается источником и международного частного права. Однако никто не говорит, что обычай является правом. Обычай применяется только в случае согласия сторон на его применение и в случае отсутствия противоречий с императивными нормами права.

В литературе говорят о самостоятельной системе транснационального коммерческого права и называют ее третьей правовой системой: первая — национальное право государств, вторая — международное

¹ См.: *Сарсембаев М.А.* Международное торговое право: Учеб. пособие. Алматы: Гылым, 1999. С. 6–7.

² См.: *Мережко А.А.* Указ. соч. С. 22–93.

³ См.: *Международное частное право: Современные проблемы.* М.: ТЕИС, 1994. С. 400.

(публичное) право¹. Однако словосочетание «правовая система» нельзя толковать так, что речь идет о праве. Даже авторы теории *lex mercatoria* признают, что речь идет не о юридической системе (*paralegal law*)². *Lex mercatoria* можно рассматривать как систему, но как систему обычаев международной торговли в широком смысле слова³.

Что касается соотношения *lex mercatoria* с правом внешнеэкономической деятельности, то регулирование внешнеторговых контрактов, несомненно, входит в сферу регулирования права внешнеэкономической деятельности. Поэтому, за исключением обычаев и других форм нормативного регулирования, которые не входят в правовую систему, а относятся к сфере негосударственного регулирования, *lex mercatoria* и право внешнеэкономической деятельности перекрывают друг друга.

Право внешнеэкономической деятельности и внутреннее национальное право

Помимо тех отраслей права, сфера действия которых выходит за пределы государства и которые связаны во многом с международными соглашениями, есть отрасли права, которые имеют часто внутреннее применение, но имеют отношение к регулированию ВЭД.

Можно назвать несколько таких отраслей права.

Государственное право. Можно говорить о государственном регулировании внешнеэкономической деятельности. Это разработка государственных программ ВЭД, в частности: инвестиционных программ, создание с помощью государственных инструментов благоприятного инвестиционного климата, нормальных условий для осуществления внешнеэкономической деятельности и т.п.

В Российской Федерации и ряде других стран СНГ принят Закон «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности». В Казахстане была попытка разработать подобный Закон, но пока она не увенчалась успехом.

Административное право. В первую очередь необходимо выделить таможенное право. Никакая внешнеэкономическая деятельность не может осуществляться, минуя таможню. Чем более четкие правила установлены при прохождении грузов через таможенную границу государства, чем меньше произвола и коррупции имеет место при этом, тем более эффективно осуществляется ВЭД. И, наоборот, здесь взаимозависимость прямая и действует она автоматически.

¹ См.: *Berger K.L. The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts // Law and Policy in International Business. 1997. № 4. P. 956.*

² Там же.

³ Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Проспект, 2000. С. 399.

Финансово-правовые отрасли. Налоговое право, валютное право, бюджетное право, банковское право, страховое право и др. В частности, бюджетное право. Применяются все институты бюджетного права при регулировании им отношений в сфере ВЭД — установление бюджетной системы. Правовое регулирование доходов и расходов республики и коммунальных образований, нормативы формирования бюджета, бюджетный процесс, права и обязанности субъектов бюджетных отношений, ответственность за невыполнение бюджетных обязательств, механизм регулирования бюджетного дефицита, субвенции и бюджетные кредиты.

Примером применения норм бюджетного права может служить выделение бюджетных средств на погашение внешнего долга (государственного и обеспеченного государственными гарантиями), выделение бюджетных средств на проведение государственных закупок иностранного медицинского оборудования и т.п.

Налоговое право. В Законе «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» значительное место отводится взиманию налогов с иностранных юридических и физических лиц, осуществляющих деятельность на территории Казахстана, при экспортно-импортных операциях и при осуществлении иной внешнеэкономической деятельности.

Валютное право. Правовое регулирование валютных операций целиком связано с внешнеэкономической деятельностью. Одним из основных понятий валютных отношений являются понятия «валютные операции», «резидент», «нерезидент», «иностранная валюта», что заведомо предполагает выход этих отношений за пределы одной страны.

Валютное право в основном посвящено регулированию операций с иностранной валютой, когда хотя бы один из участников находится на территории государства.

Трудовое право. Международное трудовое право входит в состав международного частного права. Однако за пределами МЧП остаются вопросы, которые носят не частноправовой, а публично-правовой характер: проблемы трудовой занятости, безопасности труда, коллективные договоры, социальные пособия.

Природоресурсовое право. Наибольшее значение применительно к ВЭД имеет, несомненно, горное право. Недропользование, разработка полезных ископаемых занимает львиную долю в иностранных инвестициях в Казахстане. Законодательные акты о недрах и недропользовании, о нефти рассчитаны прежде всего на иностранных недропользователей, целью этих законов является создание нормального правового режима для иностранных инвестиций.

Земельное право также играет большую роль в регулировании ВЭД в плане обеспечения правового режима владения и пользования земельными участками для иностранных инвесторов.

Меньшее значение имеют лесное и водное право. Они приводятся в действие, когда внешнеэкономическая деятельность требует пользования лесными участками и водоемами (например, рубка леса, ловля рыбы, использование вод реки и т.п.).

Природоохранное право. Соблюдение законодательства об охране природы является неперенным условием любой деятельности, в том числе внешнеэкономической. Особенно это касается деятельности иностранных инвесторов. Нарушение природоохранного законодательства в настоящее время особенно заметно при разработке иностранцами нефтяных месторождений (Тенгиз, Кумколь, Кашаган и т.д.). Роль экологического права в регулировании ВЭД, несомненно, должна и будет возрастать.

Право внешнеэкономической деятельности и предпринимательское право

Говоря о внутреннем праве, особое внимание необходимо обратить на предпринимательское право. Наиболее тесная связь права ВЭД просматривается именно с предпринимательским правом, ибо ВЭД есть не что иное, как предпринимательская деятельность во внешнеэкономической сфере.

Как я отмечал выше, предпринимательское право следует понимать двояко. В узком смысле предпринимательское право, несомненно, представляет собой часть гражданского права. Предпринимательская деятельность есть разновидность гражданско-правовой деятельности.

В то же время предпринимательское право можно понимать в широком смысле как комплексное образование, объединяющее нормы различных отраслей права (гражданского, административного, финансового, трудового и др.)¹.

Что же касается соотношения предпринимательского права и права внешнеэкономической деятельности, то здесь практически нет разногласий между авторами, разделяющими разные взгляды на правовую природу предпринимательского права. Почти во всех учебниках по предпринимательскому праву внешнеэкономическая деятельность рассматривается как часть предпринимательской деятельности, а правовое регулирование внешнеэкономической деятельности включается самостоятельным разделом в предпринимательское право².

¹ См.: § 8.2.1 настоящей работы.

² См., например: Хозяйственное право: Учебник для вузов. Т. 2 / Отв. ред. проф. В.С. Мартемьянов. М.: БЕК, 1999. С. 353–382; *Дойников И.В.* Предпринимательское (хозяйственное) право. М.: Колизей, Брандес, 1998. С. 213–219; *Ершова И.В., Иванова Т.М.* Предпринимательское право: Учеб. пособие. М.: Юриспруденция, 1999. С. 296–317; Коммерческое право: Учебник. Т. 2 / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковле-

Право внешнеэкономической деятельности как комплексное образование системы права

Проведенный анализ соотношения права ВЭД с различными отраслями права показал, что право ВЭД перекрывается рядом отраслей права, переплетается с ними в самых причудливых пропорциях. Поместить право ВЭД в эту однопорядковую систему не представляется возможным. Можно констатировать, что предпринимавшиеся в юридической и экономической литературе попытки представить правовое регулирование ВЭД как нечто цельное, четкое и стройное особым успехом не увенчалось.

Определение права внешнеэкономической деятельности можно выработать, только используя концепцию удвоения структуры права, наличия в структуре права комплексных отраслей как вторичных правовых образований.

Правовые, нормы, регулирующие ВЭД, расположены в рамках основных отраслей права: гражданского, международного, административного, финансового, процессуального и т.д. Но в то же время они могут быть объединены в единое вторичное правовое образование, если будет выявлен дополнительный системообразующий фактор.

Если внимательно проанализировать все перечисленные в литературе комплексные отрасли (морское право, страховое право, банковское право, хозяйственное право), то можно выявить, что выделяются они по такому признаку, как отрасль или сфера экономики или вид деятельности.

ВЭД является определенным видом деятельности в определенной сфере экономики. Существенным признаком этой сферы является участие в отношениях в этой сфере иностранных или физических лиц, а также государств либо иное участие в этих отношениях иностранного элемента.

Сама ВЭД возникла сравнительно недавно, поэтому право внешнеэкономической деятельности как комплексное образование только начинает формироваться. Она объединяет разнородные нормы, входящие в различные отрасли права, расположенные в основной структуре права.

Мы уже писали выше, что ВЭД подразделяется на два вида: ВЭД государства и ВЭД юридических и физических лиц.

С учетом специфики настоящей работы ВЭД государства интересует нас в незначительной степени. При этом надо иметь в виду, что

когда мы говорим о внешнеэкономической деятельности государства, то должны иметь в виду только межгосударственные отношения. Внутренняя деятельность государства по вопросам, связанным с этой сферой, является государственным регулированием ВЭД юридических лиц и граждан, а не ВЭД государства. Исходя из этого, отношения, связанные с ВЭД государства, являются международными отношениями, а правовое регулирование ВЭД государства осуществляется нормами международного публичного права, а точнее — международного экономического права.

ВЭД государства и ВЭД частных субъектов права настолько различные и разнородные с юридической точки зрения вещи, что нет большого смысла объединять их в одно понятие и формировать какое-то единое — особое комплексное образование. В литературе они обычно вместе и не рассматриваются. Чаще всего анализируется ВЭД юридических лиц и граждан. Вместо ВЭД государства говорят обычно о международном экономическом праве.

Что касается ВЭД юридических и физических лиц, то в соответствии с вышеизложенным право внешнеэкономической деятельности представляет собой институт предпринимательского права в широком смысле слова как комплексной отрасли права.

При этом необходимо, на наш взгляд, отличать понятия «комплексный институт права» и «институт комплексной отрасли права». Когда мы говорим о комплексном институте, мы подразумеваем институт одной отрасли права, только расположенный в иной структуре. Например, гражданско-правовые договоры делятся на определенные виды (купли-продажи, подряда, аренды и т.п.). В то же время существует понятие предпринимательских договоров, к которым относятся все договоры, заключаемые при осуществлении предпринимательской деятельности, и в качестве которых могут выступать договоры и купли-продажи, и подряда, и аренды и т.п. То есть предпринимательский договор выступает как комплексное образование по отношению к договорам, разделенным по видам в соответствии с их юридической природой, выступает как комплексный институт гражданского права. Следует еще раз подчеркнуть, что и отдельные виды договоров, и предпринимательский договор являются институтами гражданского права.

Иное дело — право внешнеэкономической деятельности. Это комплексное образование, в котором объединяются нормы различных отраслей права (гражданского, административного, финансового и т.п.). В то же время право ВЭД входит в более широкое комплексное образование — предпринимательское право, представляя его внешнеэкономическую часть. Таким образом, право ВЭД можно рассматривать как институт комплексной отрасли права — предпринимательского права.

Оно может рассматриваться и как институт инвестиционного права, а именно, как институт той части инвестиционного права, которая входит в предпринимательское право. Поэтому с этой точки зрения внешнеэкономическое право может рассматриваться как институт инвестиционного предпринимательского права.

Можно дать следующее определение права ВЭД. Право внешнеэкономической деятельности (внешнеэкономическое право) юридических и физических лиц — это комплексное правовое образование (институт комплексной отрасли права — предпринимательского права), регулирующее отношения в сфере ВЭД (международные гражданско-правовые экономические отношения, а также направленные на их обслуживание внутригосударственные отношения). В право внешнеэкономической деятельности юридических и физических лиц входят нормы международного частного права, гражданского права, государственного права, административного права, финансового права, трудового права, природоресурсового права, экологического права.

8.3. ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО КАК ОТРАСЛЬ СОЦИАЛЬНО-КУЛЬТУРНОЙ СФЕРЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (СОЦИАЛЬНО-КУЛЬТУРНОГО ПРАВА)

XXI век называют веком информации. Информация приобретает все большее значение в жизни человека, общества и государства, становясь все более всеобъемлющей и всепроникающей. Особенно резко возросла роль информации с появлением глобальной компьютерной сети — Интернета.

Несомненно, право не может остаться в стороне от этого процесса.

Стало формироваться законодательство об информационных отношениях. В Казахстане этот процесс только начинается. Об информации упоминается в ГК в связи со служебной и коммерческой тайной. В ст. 126 ГК закрепляется:

«1. Гражданским законодательством защищается информация, составляющая служебную или коммерческую тайну, в случае, когда информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к ней нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности.

Лица, незаконными методами получившие такую информацию, а также служащие вопреки трудовому договору или контрагенты вопреки гражданско-правовому договору, разгласившие служебную или коммерческую тайну, обязаны возместить причиненный ущерб».

Информационным процессам с помощью информационных технологий посвящен Закон РК от 11 января 2007 г. «Об информатизации», который заменил аналогичный Закон от 8 мая 2003 г.

Следует отметить, что соответствующий законодательный акт в России регулирует значительно более широкий круг информационных отношений. Это вытекает и из его названия: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

Можно также назвать: законы РК от 23 июля 1999 г. «О средствах массовой информации», от 7 января 2003 г. «Об электронном документе и электронной цифровой подписи»; от 15 марта 1999 г. «О государственных секретах».

Развитие информационных отношений приводит и к изменению взглядов на правовую природу норм, регулирующих эти отношения. Постепенно становится очевидным, что в рамках традиционных отраслей права правовое регулирование информационных отношений становится малоэффективным, необходимо объединение всех правовых норм, регулирующих информационные отношения, в какой-то самостоятельной правовой общности. Встал вопрос о формировании отрасли права — информационного права.

При определении места этой отрасли права в системе права один вопрос не вызывает пока споров в юридической литературе: к каким отраслям права отнести информационное право — основным или комплексным? Все авторы единодушно отвечают, что информационное право является комплексной отраслью права¹.

К комплексным отраслям относит информационное право С.С. Алексеев, причем к таким отраслям, которые имеют тенденцию перерасти в основные отрасли права².

Но дальше начинаются разногласия. На сегодняшний день сформировались две основные точки зрения:

1) информационное право определяется через понятие «информация», т.е. информационное право регулирует все отношения, связанные с информацией;

2) информационное право — это право, регулирующее отношения, связанные с глобальными сетями (право Интернета).

¹ Только Ю.А. Тихомиров относит информационное право к отраслям публично-го права, непонятно почему (он сам не объяснил): ведь основной правовой массив информационного права составляют нормы гражданского права (см.: *Тихомиров Ю.А.* Публичное право: Учебник. М.: БЕК, 1995. С. 339).

² См.: *Алексеев С.С.* Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 46.

Сторонники первой точки зрения примерно одинаково определяют понятие информационного права, но у них возникают проблемы с ограничением по объему предмета информационного права. Так, по мнению В.А. Копылова, можно выделить несколько предметов информационного права, считая основными из них информационные отношения, т.е. отношения, возникающие при осуществлении информационных процессов — процессов производства, сбора, обработки, накопления, хранения, поиска, передачи, распространения и потребления информации¹.

Как считает И.Л. Бачило, предмет информационного права составляют общественные отношения, связанные с правовым регулированием оборота информации, формированием и использованием информационных ресурсов, созданием и использованием информационных систем, обеспечивающих процессы информации, удовлетворение потребностей пользователей, а также обеспечение информационной безопасности всех участников отношений в данной сфере².

О.А. Городов считает, что ядром предметной области информационного права выступают общественные отношения, возникающие по поводу поиска, получения, передачи, производства и распространения информации. Данная группа общественных отношений является важнейшим, но не единственным элементом, образующим предмет информационного права. К ней тесно примыкают иные группы отношений, возникающих по поводу информации. Среди них следует выделить отношения, связанные с созданием, преобразованием и потреблением информации; отношения, возникающие при создании и использовании информационных технологий, информационном обмене, а также отношения, складывающиеся по поводу управления информационными процессами, информатизацией и обеспечением информационной безопасности. Сама информация выступает объектом отношений, урегулированных нормами информационного права, но не является его предметом, поскольку в структуру предмета любого права не входит что-либо, кроме общественных отношений. В то же время особенности общественных отношений предопределены спецификой самого объекта, т.е. информацией. Специфика информации состоит в том, что она является благом особого рода, которое проявляет себя не только в объектах материального мира, но и в идеальных продуктах интеллектуальной деятельности человека³.

¹ См.: Копылов В.А. Информационное право: Учебник. М., 2002. С. 84–87.

² См.: Бачило И.Л., Лопатин В.Н., Федотов М.А. Информационное право: Учебник / Под ред. Б.Н. Топорнина. СПб., 2005. С. 24–45.

³ См.: Городов О.А. Информационное право: Учебник. М.: ТК «Велби», Проспект, 2007. С. 19–20.

В соответствии с этим О.А. Городов определяет предмет информационного права как отношения по поиску, получению, передаче, производству и распространению информации, а также смежные с ними отношения, которым действующим законодательством придано значение информационных¹.

Из этого вытекает и определение самого информационного права по О.А. Городову: информационное право — это система правовых норм, регулирующих на комплексной основе дозволений, позитивных обязываний и запретов в области общественных отношений по поиску, получению, передаче, производству и распространению информации и производных от нее продуктов, а также смежных с ними отношений, признанных действующим законодательством информационными².

М.М. Рассолов определяет информационное право как совокупность юридических норм и институтов, регулирующих информационные отношения в информационной сфере³.

Л.Л. Попов, Ю.И. Мигачев и С.В. Тихомиров в соответствии с Законом РФ «Об информации, информационных отношениях и о защите информации» выделяют три группы отношений, которые включают в себя предмет информационного права. Это отношения, связанные:

- 1) с производством, передачей, распространением, поиском и получением информации;
- 2) с применением информационных технологий;
- 3) с обеспечением защиты информации.

Эти отношения представляют собой информационную сферу как предмет информационного права⁴.

В соответствии с этим они определяют информационное право как совокупность юридических норм, регулирующих общественные отношения, связанные с производством, распространением, поиском и получением информации, применением информационных технологий, а также с защитой информации⁵.

Эти авторы называют информационное право самостоятельной отраслью и в то же время утверждают, что информационные отношения регулируются конституционным, административным, гражданским и международным правом⁶. Получается, что информационные отноше-

¹ См.: *Городов О.А.* Информационное право: Учебник. М.: ТК «Велби», Проспект, 2007. С. 21.

² Там же. С. 22.

³ См.: *Рассолов М.М.* Информационное право. М., 1999. С. 5–8.

⁴ См.: *Попов Д.Л., Мигачев Ю.И., Тихомиров С.В.* Информационное право: Учебник. М.: Норма, Инфра-М., 2010. С. 25.

⁵ См.: там же. С. 31.

⁶ См.: там же. С. 30–33.

ния регулируются и информационным правом, и еще пятью отраслями права. Как это может быть, авторы не объясняют. Между тем иного объяснения кроме признания информационного права комплексной отраслью права, лично я не вижу.

Уязвимость данной концепции в расплывчатости предмета информационного права подверглась жесткой и во многом справедливой критике со стороны представителей второй концепции.

В частности, говорится о том, что многие специалисты пишут в своих работах не о предмете правового регулирования информационного права, а о «предметной области» или «предметных областях» информационного права, словно обозначая ее (их) пунктиром. При любом подходе к определению предмета информационного права все сводится к отношениям по обороту информации. Основные различия между взглядами на предмет информационного права во многом ограничиваются разностью признаваемых (выделяемых) отдельными учеными видов отношений, включаемых в состав этих «предметных областей», ассортиментом этих отношений. Общепризнанным является включение в число отношений, регулируемых информационным правом, отношений, связанных, во-первых, с тайнами (государственная, служебная, коммерческая и т.п.); во-вторых, с носителями информации либо способами ее закрепления (фиксации); в-третьих, с созданием и упорядочением всех «массивов информации»: базы и банки данных, инвентаризация, порядок ведения и регистрация бухгалтерского учета и т.п.; в-четвертых, с технологическими и правовыми способами защиты информации, работы СМИ и правового статуса журналистов и многое другое¹.

Далее А.А. Тедеев утверждает, что такой подход в принципе бесперспективен. Несложно заметить, что интегративного доктринального определения предмета информационного права практически нет. Предмет информационного права определяется только через отношения по обороту информации и перечисление их видов².

А.А. Тедеев видит здесь по меньшей мере две проблемы. Первая (доказательство «от абсурдного»): само право являет собой информацию, т.е. имеет информационную природу. Если к предмету информационного права относить все отношения по обороту информации, то вскоре окажется, что этому критерию отвечает все право. Вторая (доказательство «от целесообразного»): все эти отношения урегулированы нормами первичных отраслей и не нуждаются в ка-

¹ См.: Тедеев А.А. Информационное право (право Интернета): Учеб. пособие. М.: Изд. Эксмо, 2005. С. 5–6.

² Там же. С. 6.

ком-либо дополнительном системном регулировании, кроме отраслевого¹.

По мнению А.А. Тедеева, предметом отрасли информационного права должны выступать отношения не просто по обороту информации (необходимости в такой отрасли права, видимо, нет), а только возникающие, изменяющиеся и (или) прекращающиеся в информационной среде («киберпространстве») сети «Интернет», а в будущем, возможно, — иных глобальных компьютерных сетей.

При таком подходе информационное право возможно определить как совокупность юридических норм, регулирующих общественные отношения, возникающие в процессе экономического и гуманитарного (неэкономического) использования информационной среды глобальных компьютерных сетей.

Предметом правового регулирования информационного права должны выступать общественные отношения, формулирующиеся в процессе электронной деятельности (гуманитарной и экономической) в информационной среде².

Выделяются две основные подотрасли информационного права:

1) информационное экономическое право (электронная коммерция) регулирует порядок осуществления в информационной среде экономической деятельности: электронной торговли, Интернет-банкинга, электронного консалтинга, электронного рекламинга, интернет-страхования и т.д.;

2) информационное гуманитарное право регулирует порядок в информационной сети электронно-гуманитарной деятельности по обеспечению государством информационных прав физических лиц, в том числе путем создания и функционирования систем электронного администрирования, в частности «электронного правительства (управления)»³.

Повторяю, эта критика во многом справедлива. Сами представители первой концепции признают неопределенность предмета информационного права в их понимании. В частности, тот же О.А. Городов пишет: «Очевидно, что однородность групп общественных отношений, образующих предметную область информационного права, весьма относительна. Их объединяет лишь то, что в качестве объекта данных отношений выступает информация и (или) производные от нее продукты, например, информационные ресурсы»⁴.

¹ См.: Тедеев А.А. Информационное право (право Интернета): Учеб. пособие. М.: Изд. Эксмо, 2005. С. 6—7.

² Там же. С. 8—9.

³ См.: там же. С. 11.

⁴ См.: Городов О.А. Указ. соч. С. 20.

Однако во многом критика бьет мимо цели. Можно согласиться с А.А. Тедеевым по многим позициям: и что Интернет в настоящее время приобретает огромное значение, и что это совершенно новые отношения, и что регулироваться они должны совершенно новым правом. Однако при этом он упускает из виду, что это хотя и важная, но все же только часть тех отношений, которые должны регулироваться информационным правом. И правовые нормы, регулирующие отношения в информационной среде «Интернет», на самом деле являются нормами основных отраслей права (в основном гражданского и административного), поэтому право Интернета — это комплексное образование. И оно составляет только часть информационного права — его институт.

Поэтому проблемы регулирования блока отношений, связанных с информацией, остаются.

Что касается проблем, которые, по мнению А.А. Тедеева, делают определение предмета информационного права абсурдным и нецелесообразным, то эти проблемы не кажутся такими уж неразрешимыми.

Первая проблема (доказательство «от абсурдного») — то, что право тоже информация. Никакого абсурда здесь нет. Информационную составляющую можно найти в любом общественном явлении, тем более нормативном (религия, обычаи и т.п.). Однако это не значит, что все эти отношения следует включать в предмет информационного права. Кроме того, даже если право признать информацией, надо иметь в виду, что право многогранно. Информационная составляющая является лишь одной из граней права. И даже если информационное право будет регулировать эту одну из многих граней права, это совсем не означает, что оно регулирует все правовые отношения.

Вторая проблема (доказательство «от целесообразного») — то, что информационные отношения урегулированы нормами первичных отраслей. Это вообще не проблема. И не доказательство. Если всерьез воспринимать это доказательство, то и комплексных отраслей в принципе быть не может. Ибо комплексная отрасль потому и называется комплексной, что все ее нормы являются нормами первичных отраслей права. И только необходимость выделения их из основных отраслей, создание дополнительной целостности норм для более эффективного регулирования отношений определенной экономической или социальной сферы заставляют говорить о комплексной отрасли права.

Таким образом, предметом информационного права являются отношения, связанные с производством и оборотом информации. Право Интернета является одним из институтов информационного права.

Проблема, однако, заключается в том, чтобы ограничить предмет информационного права, выделить из моря отношений, так или иначе

связанных с информацией, именно те отношения, которые составляют предмет информационного права.

Именно это является главной задачей ученых в области науки информационного права, науки, которая только-только зародилась, но у которой большое будущее¹.

8.4. ЭКОЛОГИЧЕСКАЯ СФЕРА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО)

Понятие «экологическое право» появилось сравнительно недавно. Оно заменило или объединило понятие «природоресурсовое право» и «природоохранное право».

Современное название «экологическое право» появилось в результате научной дискуссии, организованной в 1987 г. журналом «Вестник Московского университета»². Участники дискуссии не согласились с прозападной транскрипцией названия этой дисциплины — право окружающей среды³.

Приведем некоторые определения экологического права.

Экологическое право — одна из отраслей российского права. Оно регулирует общественные (экологические) отношения в сфере взаимодействия общества и природы в интересах сохранения и рациональ-

¹ Кроме использованных работ, см. также: *Бачило И.Л.* О праве на информацию в Российской Федерации. М., 1997; *Бачило И.Л., Лопатин В.Н., Федотов М.А.* Информационное право: Учебник / Под ред. Б.Н. Топорнина. СПб., 2005; *Венгеров А.Б.* Право и информация в условиях автоматизации управления. М., 1978; *Гаврилов О.А.* Курс правовой информации: Учебник для вузов. М., 2000; *Дозорцев В.А.* Понятие исключительного права // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. М., 2000. С. 287–320. *Копылов В.А.* Информационное право: Учебник. М., 2002; *Рассолов М.М.* Информационное право: Учеб. пособие. М., 1999; *Войниканис Е.А., Якушев М.В.* Информация. Собственность. Интернет: традиции и новеллы в современном праве. М., 2004; *Снытников А.А., Туманова Л.В.* Обеспечение и защита права на информацию. М., 2001. Можно уже назвать и диссертации: *Кузнецов П.У.* Теоретические основания информационного права: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 2005; *Огородов Д.В.* Правовые отношения в информационной сфере: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2002; *Семилетов С.И.* Документы и документооборот как объекты правового регулирования: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2003; *Танимов О.В.* Юридические фикции и проблемы их применения в информационном праве: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004; *Градов А.Л.* Правовое регулирования электронного документооборота в таможенной сфере: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004; *Соколова О.С.* Административно-правовые режимы конфиденциальной информации: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005.

² См.: Вестник Московского университета. Сер. «Право». 1987. № 5. С. 33–57.

³ См.: *Петров В.В.* Экологическое право России: Учебник для вузов. М.: БЕК, 1995. С. VIII.

ного использования окружающей природной среды для настоящих и будущих поколений людей¹.

Экологическое право как отрасль права представляет собой систему правовых норм, специфическим способом регулирующих экологические общественные отношения в целях достижения гармоничных отношений между обществом и природой, в интересах людей, живущих в настоящем обществе и единственном доме — на Земле².

Под правом окружающей среды понимается совокупность основанных на эколого-правовых идеях норм, регулирующих конкретные общественные отношения собственности на природные ресурсы, по обеспечению рационального использования природных ресурсов и охране окружающей среды от вредных химических, физических и биологических воздействий в процессе хозяйственной и иной деятельности, по охране экологических прав и законных интересов физических и юридических лиц³.

Экологическое право как отрасль российского права представляет собой систему правовых норм, регулирующих отношения в сфере охраны окружающей природной среды (экологические отношения) в целях предотвращения и устранения вредных химических и биологических воздействий на нее, а также отношения по поводу обеспечения правового режима особо охраняемых природных территорий, использования и охраны животного мира⁴.

Экологическое право — самостоятельная комплексная отрасль российского права, регулирующая отношения в области взаимодействия общества и человека с окружающей средой или отдельно ее компонентами⁵.

С. Культелеев под предметом экологического права понимает складывающиеся в сфере действия эколого-правовых норм исторически обусловленные производственные отношения между гражданами и организациями при обязательном участии государства по поводу улучшения, восстановления, эффективного использования природных объектов (экосистем) в целях сохранения окружающей среды и в интересах настоящего и будущего поколений⁶.

¹ См.: *Петров В.В.* Указ. соч. С. 1–2.

² См.: *Ерофеев Б.В.* Экологическое право: Учебник для вузов. М.: Новый Юрист, 1988. С. 88.

³ См.: *Бринчук М.М.* Экологическое право (право окружающей среды): Учебник для вузов. М.: Юрист, 1998. С. 76.

⁴ См.: *Краснов О.И.* Экологическое право: Учебник. М.: Дело, 2001. С. 39.

⁵ См.: Экологическое право: Учебник / О.Л. Дубовик, Л. Кремер, Г. Люббе-Вольфф; под ред. О.Л. Дубовик; пер. с нем. 2-е изд. М.: Эксмо, 2007. С. 18.

⁶ См.: *Культелеев С.Т.* Экологическое право Республики Казахстан. Общая часть: Учеб. пособие. Алматы: RPRESS, 2011. С. 65.

Д.Л. Байдельдинов считает, что экологическое право – это интегрированная, комплексная отрасль современного права, включающая в себя совокупность правовых норм, регулирующих экологические отношения, возникающие между государством и его субъектами по поводу взаимодействия с природой и отдельными природными ресурсами¹.

Вопрос об экологическом праве как отрасли права, о его становлении впервые был поднят в юридической литературе О.С. Колбасовым в монографии «Экология: политика и право» (М., 1976). Его представления об экологическом праве можно свести к следующим положениям: 1) экологическое право должно быть в отличие от природоресурсового права интегрированной отраслью, в которой охрана природы неотделима от ее рационального использования; 2) причинами возникновения и становления экологического права являются: а) завершение кодификации природоресурсовых отраслей права; б) ликвидация отставания в развитии горного, фаунистического и воздушного права; в) планируемое издание закона об охране природы; г) более совершенное выражение в праве природоохранительных принципов.

По мнению Б.В. Ерофеева, О.С. Колбасову не удалось раскрыть во всей полноте природу экологического права. В его определениях продолжает сохраняться дух природоресурсового права, преобладает поресурсовый, а не экологический подход к правовому регулированию в сфере недропользования. При этом остается без внимания необходимость учета экологических связей природных объектов и экосистемы как особого объекта, оказывающего специфическое влияние на общественные отношения, которые складываются в сфере природопользования².

Б.В. Ерофеев проводит различие между экологическим правом и природоресурсовым правом. По его мнению, предметом экологического права являются общественные отношения особой природы, которые касаются не только самих природных объектов, сколько внутренних и внешних связей этих объектов, их свойств, состояний, процессов, происходящих в них, а природоресурсовое право сужает круг этих отношений до экономически значимых.

В отличие от экологического права, регулирующего общественные экологические отношения, природоресурсовое право изучает только общественные отношения, складывающиеся по поводу отдельных

¹ См.: Байдельдинов Д.Л., Бекишева С.Д. Экологическое право Республики Казахстан: Учеб. пособие. Алматы: Изд. центр ОФППИ «Интерлигал», 2004. С. 39.

² См.: Ерофеев Б.В. Экологическое право: Учебник для вузов. М.: Новый Юрист, 1998. С. 87–88.

природных компонентов: земли, ее недр, лесов, вод, растительного и животного мира, атмосферного воздуха и др.

Предмет природоресурсового права более узок, чем предмет экологического права, и это обусловлено тем, что человек со свойственным ему эгоизмом поделил все природные объекты на выгодные и невыгодные для него, не принимая во внимание то обстоятельство, что порой «невыгодные» элементы природного объекта являются условиями существования выгодных¹.

В правовой экологической литературе в качестве предмета экологического права обычно выделяют две группы общественных отношений — по рациональному использованию природных ресурсов и по охране окружающей среды (охрана природных ресурсов)². М.М. Бринчук добавляет к этому отношения собственности на природные объекты и ресурсы и отношения по защите экологических прав и законных интересов человека и гражданина³.

Однако, как решается вопрос о соотношении экологического права с земельным, горным, водным, лесным правом, зачастую ничего не говорится.

Например, А.Р. Гумеров считает природоресурсное право и природоохранное право перекрещивающимися подотраслями экологического права. Третью часть экологического права составляют нормы иных отраслей права, регулирующих общественные отношения, связанные с охраной окружающей среды⁴.

На этом все. А как соотносятся перекрещивающиеся природоохранное и природоресурсовое право? каким образом нормы иных отраслей входят в экологическое право, оставаясь при этом в своей родной отрасли? Нет ответа.

Используются в трудах экологов и понятия «комплексное», «комплексность». Но трудно понять, в каком смысле они их используют.

Например, Д.Л. Байдельдинов считает, что природоохранное право и земельное, водное, лесное, горное, фаунистическое, атмосферно-

¹ См.: *Ерофеев Б.В.* Экологическое право: Учебник для вузов. М.: Новый Юрист, 1998. С. 87.

² См., например: *Колбасов О.С.* Экология: политика и право. М., 1976; *Правовая охрана природы в СССР: Учеб. пособие* / Под ред. В.В. Петрова. М., 1976. С. 55–58; *Природно-ресурсовое право и правовая охрана окружающей среды: Учебник* / Под ред. В.В. Петрова. М., 1988. С. 24; *Шемшученко Ю.С.* Правовые проблемы экологии. Киев, 1989. С. 70; *Правовая охрана окружающей природной среды в странах Восточной Европы*. М., 1990. С. 5; *Петров В.В.* Экологическое право России: Учебник для вузов. М.: БЕК, 1995. С. 54.

³ См.: *Бринчук М.М.* Экологическое право (Право окружающей среды): Учебник для вузов. М.: Юрист, 1998. С. 63.

⁴ См.: *Экологическое право: Учебник для вузов* / Под ред. С.А. Боголюбова. М.: Высш. образование, 2006. С. 32–33.

воздушное право являются самостоятельными отраслями права и входят в состав комплексной, интегрированной отрасли права — экологическое право. Отношения по использованию природных ресурсов будут регулироваться внутри отдельной отрасли — земельного, водного и т.д., но с позиций общих целей экологического права¹.

То, что экологическое право является интегрированной отраслью, еще можно понять: оно интегрирует самостоятельные отрасли права. Но что означает «комплексная», понять невозможно. Видимо, это синоним понятия «интегрированная». Или просто красивое и непонятное слово. И как могут самостоятельные отрасли входить еще в одну отрасль, пусть даже комплексную и интегрированную?

Комплексной отраслью права считает право окружающей среды М.М. Бринчук. Как он пишет, иногда эту отрасль называют суперотраслью. При оценке данной отрасли важно иметь в виду, что она включает в себя ряд самостоятельных отраслей права, признанных в таком качестве, — земельное, водное, горное, воздухоохранительное, лесное и фаунистическое.

Комплексный характер отрасли права окружающей среды определен, однако, не этим обстоятельством, а тем, что общественные экологические отношения регулируются как собственными нормами, так и нормами, содержащимися в других отраслях российского права, включая гражданское, конституционное, административное, уголовное, предпринимательское, финансовое, аграрное и др. Процесс отражения экологических требований в этих отраслях права получил название экологизации соответственно гражданского права, уголовного права, предпринимательского права и т.д.²

Из этого высказывания можно понять, что комплексность М.М. Бринчуком понимается как включение в свой состав других отраслей права и регулирование экологических отношений нормами иных отраслей права, не входящих в состав экологического права. Не правда ли, весьма туманное понимание термина «комплексная отрасль».

Точно так же, не объясняя и не расшифровывая, называет экологическое право самостоятельной комплексной отраслью О.Л. Дубовик. Комплексность, по его мнению, указывает на принадлежность данной отрасли к более сложным и поздним правовым образованиям³.

¹ См.: Байдельдинов Д.Л. Экологическое законодательство Республики Казахстан. Алматы, 1995; Байдельдинов Д.Л., Бекишева С.Д. Экологическое право Республики Казахстан: Учеб. пособие. Алматы: Изд. центр ОФППИ «Интерлигал», 2004. С. 38.

² См.: Бринчук М.М. Экологическое право (право окружающей среды): Учебник для вузов. М.: Юристъ, 1998. С. 74.

³ См.: Экологическое право: Учебник / О.Л. Дубовик, Л. Кремер, Г. Люббе-Вольф; под ред. О.Л. Дубовик; пер. с нем. 2-е изд. М.: Эксмо, 2007. С. 18.

Что это значит с правовой точки зрения? Чем отличаются более позднее от менее позднего и более сложное от менее сложного?

Одним из немногих предпринял попытку разграничить экологическое право с земельным и иными отраслями права В.В. Петров. По его мнению, предметом экологического права являются общественные (экологические) отношения в области взаимодействия общества и природы. Они подразделяются на две группы: отраслевые и комплексные. Отраслевые экологические отношения – это земельноохранительные, отношения по охране недр, лесоохранительные и водоохранные отношения, по охране животного мира, атмосферного воздуха. Вторая группа – комплексные экологические отношения относятся к охране природных территорий, комплексов, природно-заповедного фонда, лечебно-оздоровительных рекреационных, санитарных и иных зон¹.

Относительно соотношения с земельным правом В.В. Петров указывает, что в условиях перехода к рыночной экономике (в условиях все большей экономизации) земельное право уже не может полностью входить в состав экологического права, ибо там много норм и институтов, которые не имеют прямого отношения к экологии. В рамках экологического права остается лишь экологическая часть земельного права, включающая земельноохранительные и экологические отношения. Аналогично решается вопрос о соотношении с горным, лесным и водным правом.

В отношении других отраслей права В.В. Петров утверждает, что нормы экологического права представляют собой основу для экологизации других отраслей права, т.е. внесения в нормы, регулирующие административные (например) отношения экологических требований по охране окружающей среды².

Что мы имеем в итоге? Комплексные экологические отношения (я так и не понял, почему комплексные). Отраслевые экологические отношения, видимо, только природоохранные из норм земельного и других природоресурсовых отраслей. И изобретенный термин «экологизация» отношений. Видимо, административные отношения, оставаясь административными, становятся еще и экологическими.

При этом В.В. Петров категорически против отнесения природоохранительного, а затем и экологического права к комплексным отраслям права. Обоснования я, честно говоря, не понял. Видимо, он потому против, что экологическое право, как и другие отрасли права, пользуется услугами охранительных отраслей в системе права³.

¹ См.: *Петров В.В.* Указ. соч. С. 55–56.

² См.: там же. С. 76–77.

³ См.: там же. С. 56.

Весьма оригинально решает проблему разграничения земельного и экологического права О.И. Краснов. Земельное право он называет правом недвижимости и включает в него в качестве подотраслей градостроительное, горное, водное и лесное право¹. Соотношение экологического и земельного права (права недвижимости) определяется действием принципа, который можно сформулировать следующим образом:

Законодательство об охране окружающей среды регулирует вопросы охраны и рационального использования природных объектов только в той мере, в какой эти вопросы не урегулированы в земельном, градостроительном, горном, водном и лесном законодательстве².

Предметом регулирования экологического права являются главным образом отношения, связанные с поступлением в окружающую среду ненужных, ранее использованных людьми веществ и предметов и другим воздействием на нее. Это обстоятельство определяет отграничение экологического права от земельного права (права недвижимости), его цели и задачи, особый предмет правового регулирования, самостоятельность и обособленность экологического права³.

Эти рассуждения следует приветствовать как попытку разграничить земельное и экологическое право. Но четкого критерия все же не просматривается. Нет ответа на очень простой вопрос: раздел «Охрана земель» в Земельном кодексе — это земельное право или экологическое?

Посмотрим, как объясняют поступающим в юридические вузы, что такое земельное право (глава 26) и что такое экологическое право (глава 27).

Земельное право — самостоятельная отрасль российского права, регулирующая на базе частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности земельные отношения в целях обеспечения рационального использования и охраны земель, создания условий для равноправного развития различных форм хозяйствования на земле, воспроизводства плодородия почв, сохранения и улучшения природной среды, повышения их эффективности и охраны прав на землю граждан, предприятий, учреждений и организаций⁴.

Перейдем к экологическому праву. Это тоже самостоятельная отрасль российского права.

¹ См.: Краснов О.И. Земельное право. М., Юрист, 2000. С. 45.

² См.: Краснов О.И. Экологическое право: Учебник. М.: Дело, 2001. С. 53–59.

³ См.: там же. С. 59.

⁴ См.: Основы государства и права: Учеб. пособие для поступающих в вузы / Под ред. акад. О.Е. Кутафина. 7-е изд. М.: Юрист, 2000 (автор главы — Быстров Г.Е.).

Экологическое право — это система правовых норм, регулирующих экологические общественные отношения в целях сохранения и восстановления природных ресурсов, обеспечения их рационального использования, улучшения и оздоровления окружающей природной среды, а также экологической безопасности человека и общества¹.

Какой вывод может сделать изучающий право граждан? Земельное право регулирует охрану окружающей среды, занимаясь при этом регулированием использования земли в хозяйственных целях. Экологическое право регулирует использование природных ресурсов (в том числе и в первую очередь земли), занимаясь при этом охраной окружающей среды. И это тоже самостоятельная отрасль.

А как они между собой соотносятся? Может быть, земельное право входит в экологическое? Вроде нет. Может быть, экологическое право регулирует только рациональное землепользование? Тогда зачем право собственности и управление природными ресурсами?

Возникает еще масса вопросов, на которых нет ответа.

Земельное право вначале возникло как отрасль права, объединяющая целый комплекс отношений, связанных прежде всего с землей, ее недрами, лесами и водами². То есть горное, лесное и водное право включались в земельное право.

Однако с развитием науки горного, лесного и водного права они обособились от земельного права, и земельное право стало пониматься как самостоятельная отрасль права, регулирующая земельные отношения, т.е. общественные отношения по использованию и охране земли (аналогично для других смежных отраслей — недр, вод и лесов)³.

Характерно то, что почти во всех учебниках есть раздел о соотношении земельного права с другими отраслями права, в частности с экологическим и гражданским. Но четкого правового разграничения я не нашел. Получается, что одна и та же норма может быть

¹ См.: Основы государства и права: Учеб. пособие для поступающих в вузы / Под ред. акад. О.Е. Кутафина. 7-е изд. М.: Юрист, 2000 (автор главы — Гусев Р.К.).

² См.: Якушев В.С. Методы и принципы регулирования земельных отношений // Правоведение. 1961. № 4. С. 75–76.

³ См., например: Еренов А.Е., Мухитдинов Н.Б., Ильяшенко Л.В. Предмет и система советского земельного права. Алма-Ата: Изд. Наука КазССР, 1981. С. 39–49; Советское земельное право: Учебник / Под ред. Н.И. Краснова. М.: Юрид. лит., 1981. С. 24–28; Ерофеев Б.В. Земельное право: Учебник для вузов / Под ред. акад. Г.В. Чубакова. М.: Новый Юрист, 1995. С. 20; Краснов О.И. Земельное право: Учебник. М.: Юрист, 2000. С. 31–33; Хаджиев А.Х. Земельное право Республики Казахстан (Общая часть): Учеб. пособие. Алматы: Данекер, 2001. С. 12–18; Абдраимов Б.Ж., Боголюбов С.А. Земельное право России и Казахстана: проблемы развития, процессуальные формы реализации: Монография. М.: Юрист, 2006. С. 13–37; Аршинов И.Г. Земельное право Республики Казахстан: Учеб. пособие. Алматы: БОРКИ, 1997. С. 7–8.

и земельно-правовой, и гражданско-правовой, и эколого-правовой. Или земельные отношения могут регулироваться нормами и земельного, и гражданского, и экологического права. Или какая-то часть (например, специальная) этих отношений регулируется земельным правом (по охране земель), а другая (например, общие положения) – экологическим правом.

Причем факт допущения того, что земельное право может быть комплексной отраслью права, только начинает признаваться в литературе по земельному праву (например, Ж.Х. Косанов).

Высказывалась в литературе и идея о том, что общность земельного, горного, водного и лесного права выделяет их в системе права в группу родственных отраслей¹. Н.Б. Мухитдинов называет эту группу семьей отраслей аграрно-правового цикла².

Как обстоит дело с горным правом?

Идея выделения горного права как самостоятельной отрасли права была высказана еще в 1927 г. и с тех пор обосновывалась многими авторами. Наиболее детальное обоснование было сделано Н.Б. Мухитдиновым, одним из основателей теории горного права еще в его монографии в 1972 г.³

Н.Б. Мухитдинов в 1972 г. высказывал вполне трезвые мысли о возможности формирования самостоятельной отрасли природоохранного права⁴.

Однако Н.Б. Мухитдинов поддерживает предложение о появлении в системе права такой отрасли, как природоресурсовое право, задачей которого является комплексно регулировать наиболее общие и важные вопросы охраны и использование природных богатств. Причем горное, лесное, водное и земельное право соотносятся с природоресурсовым правом как равноправные, самостоятельные элементы единой системы права⁵.

Но как соотносятся эти отрасли между собой, вразумительного объяснения не дается.

¹ См.: Советское земельное право: Учебник / Под ред. Н.И. Краснова. М.: Юрид. лит., 1981. С. 48.

² См.: Мухитдинов Н.Б. Основы горного права: некоторые важные положения теории и практики. Алма-Ата: Казахстан, 1983; Мухитдинов Н.Б. Избранные произведения в 9 т. Т. 2. Алматы, 2010. С. 95.

³ См.: Мухитдинов Н.Б. Правовые проблемы пользования недрами. Алматы: Наука КазССР, 1972; Мухитдинов Н.Б. Избранные труды в 9 т. Т. 1. Правовые проблемы пользования недрами. Алматы, 2010. С. 65–75.

⁴ См.: Мухитдинов Н.Б. Правовые проблемы пользования недрами. С. 73–74; См. также: Он же. Избранные произведения в 9 т. Т. 2. Горное право Республики Казахстан. Алматы, 2011. С. 110; см.: там же. С. 259–267.

⁵ См.: Мухитдинов Н.Б. Избранные труды в 9 т. Т. 2. С. 110–113, 259–267.

Позднее (в 1999 г.) природоресурсовое право было заменено экологическим, но ответов на вопрос, как оно соотносится с земельным и другими отраслями права, опять нет¹.

Важнейшим источником экологического права С.Б. Байсалов и Н.Б. Мухитдинов называют ГК РК². Однако они не объяснили, каким образом гражданско-правовые нормы, оставаясь таковыми, стали еще и экологическими.

Попытку объяснить соотношение норм гражданского и экологического законодательства предпринял Д.Л. Байдельдинов.

По его мнению, гражданское право начинается с того момента, когда природный ресурс поступает в товарооборот и становится имуществом. До этого действует экологическое право. Термин «сделка» носит общий родовой характер, но в каждой отрасли права он имеет свою специфику. Поэтому вопрос о соотношении гражданского и экологического права проявляется в том, что для регулирования отношений одной отрасли права привлекаются нормы других отраслей. Но этот процесс не вызывает поглощения одной отрасли другой³.

Данная концепция представляет интерес как попытка объяснить совершенно очевидные вещи, не нарушая целостности экологического права. Однако следует признать, что попытка успехом не увенчалась:

1) специфичность сделок в сфере природопользования обосновывается тем, что у субъектов нет права собственности и что государство самостоятельно определяет объем гражданских прав и обязанностей у других субъектов. Однако обычные гражданско-правовые сделки тоже не обязательно связаны с правом собственности (право хозяйственного ведения, оперативного управления, аренды, залога и т.п.) и в гражданско-правовых сделках одна сторона тоже может самостоятельно определять права и обязанности других субъектов (публичный договор, договор присоединения, конкурс и т.п.);

2) специфика видится также в том, что в институте возмещения ущерба, нанесенного природе, помимо чисто гражданского подхода, материального стоимостного выражения присутствует экологический ущерб, который деньгами невозможно измерить. Однако и в обычном

¹ См.: Байсалов С.Б., Мухитдинов Н.Б. Основы экологического права // Основы государства и права. Т. 2 Алматы: Жет жаргы, 1999. С. 230–247; См. также: Мухитдинов Н.Б. Избранные труды в 9 т. Т. 2. С. 354–368; Мухитдинов Н.Б., Мороз С.П. Горное право Республики Казахстан: Учеб. пособие. Алматы, 2004; Мухитдинов Н.Б. Избранные произведения в 9 т. Т. 3. С. 142–148.

² См.: Байсалов С.Б., Мухитдинов Н.Б. Основы экологического права. С. 364.

³ См.: Байдельдинов Д.Л. Взгляд на соотношение экологического и гражданского права // Правовое обеспечение экономических реформ: комментарий действующего законодательства Республики Казахстан: Сб. науч. статей. Алматы: Казак университет, 2001. С. 78–82.

гражданско-правовом институте возмещения ущерба, помимо материального стоимостного выражения, присутствует моральный ущерб, который деньгами невозможно оценить. Однако в гражданско-правовой природе возмещения морального вреда никто не сомневается;

3) в целом со всей аргументацией автора можно согласиться, потому что он не отрицает гражданско-правового характера отношений в сфере недропользования, о которых идет речь в статье, но подчеркивает, что в каждой отрасли права они имеют свою специфику. Мы не спорим относительно специфики, напротив, все время подчеркиваем необходимость ее учета. Такая специфика присутствует и в обычных гражданско-правовых сделках. Например, трудно отрицать специфику жилищных отношений и отношений, регулируемых морским правом (договор морской перевозки), но вряд ли кто-нибудь сомневается в гражданско-правовой природе этих отношений. Гражданско-правовые нормы остаются гражданско-правовыми нормами, где бы они ни находились и где бы они ни применялись;

4) если логически развить концепцию Д.Л. Байдельдинова, можно прийти к любопытным выводам. Суть, если изложить ее кратко, заключается в том, что гражданско-правовые нормы становятся экологически-правовыми нормами. Однако поскольку они при этом остаются гражданско-правовыми (как пишет Д.Л. Байдельдинов, для регулирования отношений одной отрасли права — экологического привлекаются нормы другой отрасли — гражданского). Поэтому нормы получают как бы двойную прописку: в системе и гражданского, и экологического права. Но подобное возможно только в том случае, если мы признаем концепцию «удвоения структуры права» и наличие комплексных отраслей права. Тогда все ложится точно: гражданско-правовые нормы — в основной структуре права и экологическо-правовые нормы — в структуре экологического права как комплексного образования¹.

При определении места экологического права в системе права необходимо, на мой взгляд, исходить из следующих положений.

1. Экологическое право, если его рассматривать как отрасль права, несомненно, может быть только комплексной отраслью права. Тогда сразу снимаются все эти сложности и нелепости при определении соотношения экологического права с основными отраслями права. Нормы конституционного, административного, гражданского, уголовного права, во вторичной структуре объединяясь в сфере экологической деятельности, составляют экологическое право, оставаясь при

¹ См.: Сулейменов М.К. Актуальные проблемы частного права в Республике Казахстан // Актуальные проблемы частного права. Материалы междунаро. науч.-практ. конференции (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 23–24 мая 2002 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮУ, 2003. С. 17–18.

этом нормами конституционного, административного, гражданского, уголовного права.

2. Важная проблема, которую, на мой взгляд, не смогли решить экологи, — это соотношение понятий «экологическое право», «природоресурсовое право», «природоохранное право», «земельное право», «горное», «лесное» и «водное» право.

Для начала определимся, что все эти образования вне зависимости от того, признаем мы их отраслями или нет, являются комплексными образованиями (отраслями, подотраслями, институтами), построенными во вторичной структуре права.

При решении этой проблемы необходимо исходить из положений Экологического кодекса РК, принятого 9 января 2007 г.

В соответствии со ст. 3 Кодекс регулирует отношения в области охраны, восстановления и сохранения окружающей среды, использования и воспроизводства природных ресурсов при осуществлении хозяйственной и иной деятельности, связанной с использованием природных ресурсов и воздействием на окружающую среду в пределах территории Республики Казахстан.

Таким образом, Экологический кодекс регулирует отношения и в сфере природопользования, и в сфере охраны окружающей среды.

Однако если охрана окружающей среды почти целиком сосредоточена в Экологическом кодексе (еще в Законе от 6 июля 2006 г. «Об особо охраняемых природных территориях»), то природопользованию посвящены всего три статьи Кодекса (ст. 10–12).

В соответствии со ст. 10 Кодекса природопользованием являются использование природных ресурсов и (или) воздействие на окружающую среду в повседневной жизни человека, в хозяйственной и иной деятельности физических и юридических лиц (п. 1).

Природопользование подразделяется на общее и специальное (п. 2 ст. 10).

Общее природопользование является постоянным и осуществляется бесплатно для удовлетворения жизненно необходимых потребностей населения и без предоставления природных ресурсов в пользование (п. 3 ст. 10).

Специальное природопользование — деятельность физического и (или) юридического лица, осуществляющего на платной основе пользование природными ресурсами и (или) эмиссии в окружающую среду в порядке, установленном Экологическим кодексом и иными законами Республики Казахстан (п. 4 ст. 10).

К видам природопользования относятся:

- 1) землепользование;
- 2) водопользование;

- 3) лесопользование;
- 4) недропользование;
- 5) пользование животным миром;
- 6) пользование растительным миром;
- 7) эмиссии в окружающую среду;

8) иные виды природопользования, устанавливаемые законами Республики Казахстан (п. 5 ст. 10 Экологического кодекса).

К природным ресурсам относятся природные объекты, имеющие потребительскую ценность: земля, недра, воды, растительный и животный мир подп. 48 ст. 1. Экологического кодекса).

Особенности возникновения права специального природопользования по видам природопользования определяются законами Республики Казахстан (п. 6 ст. 10 Кодекса).

Из таких законов надо назвать прежде всего Земельный кодекс РК от 20 июня 2003 г., Водный кодекс РК от 9 июля 2003 г., Лесной кодекс РК от 8 июля 2003 г., Закон РК от 24 июня 2010 г. «О недрах и недропользовании», Закон РК от 9 июля 2004 г. «Об охране, воспроизводстве и использовании животного мира».

3. Таким образом, экологическое право включает в себя и природоресурсовое, и природоохранное право.

В природоресурсовое право входят земельное право, водное право, лесное право, горное (недренное) право. Видимо, сюда же можно отнести фаунистическое и флористическое право, хотя этот вопрос спорный; дотягивают ли они до отрасли права, в основном здесь охрана животного и растительного мира, к пользованию можно отнести охоту, рыбалку, сбор лекарственных растений и т.п. Природоресурсовое и правоохранное право перекрещиваются между собой, так как, например, нормы об охране земель, вод, лесов, недр входят одновременно и в природоресурсовое, и в природоохранное право.

Получается такая пирамида отраслей права: наверху экологическое право, его частями являются природоресурсовое и природоохранное право, которые перекрещиваются между собой. В природоресурсовое право входят земельное и прочие отрасли права.

Возникает весьма противоречивая картина. Земельное право как отрасль права входит в природоресурсовое право как отрасль права, а оно, в свою очередь, — в экологическое право как отрасль права.

4. Выходов из этой ситуации три:

а) признать экологическое право не отраслью права, а сферой деятельности, в которой функционируют комплексные отрасли экологического цикла: природоресурсовое и природоохранное. Земельное, горное, водное, лесное право являются подотраслями природоресурсового права. Но этот вариант с принятием Экологического кодекса

отпал, так как он завершил построение экологического права как комплексной отрасли права;

б) признать экологическое право отраслью права. Тогда по канонам системы права природоресурсовое право и природоохранное право должны быть подотраслями экологического права, а земельное, горное, водное и лесное право — институтами природоресурсового права. Честно говоря, с точки зрения теории системы права этот вариант является наиболее предпочтительным. Однако признание земельного или горного права даже не подотраслью, а институтом природоресурсового права не соответствует тому месту, которое занимают эти отрасли, особенно земельное право и горное право, в современной экономике;

в) видимо, в построении структуры экологического права необходимо исходить из того очевидного факта, что земельное, горное, водное, лесное право являются сложившимися, с давними историческими традициями отраслями права. И сводить их роль до уровня института права будет не совсем правильно.

Я исхожу при этом из того посыла, который обосновывал в общей части настоящего исследования, что система права строится законодателем, но при этом должно учитываться реально сложившееся построение норм, институтов и отраслей в системе права конкретного государства.

Выход из этой ситуации я вижу в закреплении в системе права понятия интегрированной отрасли как элемента структуры права. Причем интегрированная отрасль права может быть сконструирована только во вторичной структуре права.

При таком подходе следует исходить из того, что земельное, горное, водное, лесное право являются отраслями права. То, что выше этого, — это семья отраслей или интегрированная отрасль. В нашем случае экологическое право, природоресурсовое право и природоохранное право относятся к интегрированной отрасли права: экологическое право как интегрированная отрасль, а природоресурсовое право и природоохранное право как подотрасли интегрированной отрасли. Тогда земельное, горное, водное, лесное право будут обычными отраслями права.

ГЛАВА 9. ИНСТИТУТ ПРАВА (ПРАВОВОЙ ИНСТИТУТ) В СИСТЕМЕ ПРАВА

9.1. ПОНЯТИЕ ИНСТИТУТА ПРАВА

Прежде чем перейти к исследованию правового института, я хотел бы рассмотреть соотношение понятий «правовой институт» и «правовая категория». В юридической литературе, к сожалению, это различие не всегда проводят, что приводит порой к недорозумениям.

Например, Н.И. Овчинников, разбирая правовую природу хозяйственного договора, приходит к выводу, что хозяйственный договор нельзя рассматривать как правовой институт, потому что он сам объединяет несколько правовых институтов. Это собирательное понятие, которое в отличие от юридического института те или иные разновидности общественных отношений самостоятельно не регулирует. Поэтому Н.И. Овчинников считает необходимым рассматривать хозяйственный договор как теоретическую конструкцию¹. Однако признание хозяйственного договора теоретической конструкцией несколько не отрицает, а, напротив, предполагает возможность и необходимость рассмотрения его в качестве правового института. Понятия «правовой институт» и «теоретическая конструкция» взаимосвязаны и взаимозависимы, но они качественно различны, поскольку первое относится к праву как специфической объективной реальности, а второе — к правовой науке; второе отражает первое и им определяется, и в свою очередь, на него влияет.

Подобное же нечеткое разграничение этих понятий можно видеть, на наш взгляд, и в материалах научно-теоретической конференции «Актуальные проблемы и задачи теории государства и права в современный период». В частности, в них помещены один за другим доклады Б.Т. Базылева «Юридическая ответственность как институт советского права»² и В.Д. Ардашкина «Меры защиты как общеправовая научная категория»³. Между тем, если исходить из взглядов авторов, и юридическая ответственность, и меры защиты являются одновременно как общеправовыми юридическими институтами, так и общеправовыми

¹ См.: Овчинников Н.И. Особенности хозяйственного договора // Правоведение. 1969. № 4.

² См.: Актуальные проблемы теории социалистического государства и права / Материалы науч.-теоретической конференции «Актуальные проблемы и задачи теории государства и права в современный период». М., 1974. С. 156—161.

³ Там же. С. 162—166.

научными категориями. И это обстоятельство следует подчеркивать, чтобы была возможность исследовать их в разных плоскостях. В частности, в докладе В.Д. Ардашкина, несмотря на его название, меры защиты исследуются в основном как правовой институт.

И.А. Танчук правильно утверждал, что различие между правовым институтом и правовой категорией имеет существенное теоретическое и практическое значение. Сам он под правовым институтом понимал совокупность норм, регулирующих определенные конкретные отношения. Правовая категория, по его мнению, — это более широкое (общетеоретическое) и в то же время абстрактное понятие, выражающее определенную закономерность в правовой организации общественных отношений. Если правовой институт тесно связан с отраслью права, то правовая категория стоит как бы над системой права.

Приводя как пример понятие договора, И.А. Танчук считал, что при рассмотрении его в качестве правовой категории договор означает соглашение сторон, направленное на установление, изменение или прекращение любого правоотношения независимо от того, нормами какой отрасли права данное отношение регулируется. В то же время договор определенного вида является правовым институтом конкретной отрасли¹.

На наш взгляд, при правильности основных критериев проведения различий между правовыми институтом и категорией у И.А. Танчука несколько смещены акценты этого разграничения. Правовую категорию нельзя рассматривать как более широкое и более абстрактное понятие, просто она лежит в иной системе понятий, чем институт.

Договор как правовая категория вполне может быть сконструирован как общетеоретическое, общеправовое понятие². Вместе с тем в настоящее время он рассматривается как понятие более узкое, связанное с конкретной отраслью права. Поэтому «договор определенного вида» (например, хозяйственный) выступает не только как правовой институт, но и как правовая категория. Точно так же договор может быть и общеправовой категорией и, видимо, общеправовым институтом.

В частности, Р.О. Халфина отмечала, что понятие правового института не дает качественного показателя для установления объема регулируемых отношений. Правовым институтом является, например, право собственности, право личной собственности, охрана права соб-

¹ См.: Танчук И.А., Ефимочкин В.П., Абова Т.Е. Хозяйственные обязательства. М.: Госюриздат, 1970. С. 18–19; Теоретические проблемы хозяйственного права / Под ред. В.В. Лаптева. Наука, 1975. С. 211–212.

² По мнению Р.О. Халфиной, созрели условия для разработки общей теории договора, охватывающей применение данной правовой формы в различных областях жизни общества (См.: Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 293).

ственности, виндикация. Объем каждого из этих понятий различен, однако до сих пор не выработаны критерии, позволяющие определить, на каком уровне обобщения возникает правовой институт и какими уровнями он ограничивается¹.

Обычно правовой институт определяют как совокупность норм, регулирующих однородные общественные отношения² или типичное общественное отношение³, или законченное типизированное отношение⁴, или данный вид общественных отношений⁵, или определенный вид общественных отношений и т.п.

Можно привести несколько определений из современных учебников по теории права.

Правовой институт — это система взаимосвязанных норм, регулирующих относительно самостоятельную совокупность общественных отношений или какие-либо их компоненты, свойства⁶.

Правовой институт — это совокупность однопорядковых норм, регулирующих определенный вид общественных отношений⁷.

Институт права — это основной элемент системы права, совокупность правовых норм, регулирующих однородную группу общественных отношений⁸.

В этих определениях не учитывается тот факт, что институт права может регулировать не отношения в целом, а общее в этих отношениях, что характерно в основном для институтов «общей части» отрасли права (в частности, институты правоспособности, дееспособности, безвестного отсутствия регламентируют отдельные признаки субъекта как элемента общественных отношений)⁹.

¹ См.: *Халфина Р.О.* Общее учение о правоотношении. М.: Юрид. лит., 1974. С. 264–265.

² См. например: *Шебанов А.Ф.* Система советского социалистического права. М.: Изд-во МГУ, 1961. С. 9; *Теория государства и права* / Под ред. К.А. Мокичева. М.: Юрид. лит., 1965. С. 407; *Общая теория советского права* / Под ред. С.Н. Братуся и И.С. Самошенко. М.: Юрид. лит., 1966. С. 317; *Алексеев С.С.* Общие теоретические проблемы системы советского права. М.: Госюриздат, 1961. С. 6–7.

³ См.: *Керимов Д.А.* Философские проблемы права. М., 1972. С. 30.

⁴ См.: *Дембо Л.И.* О принципах построения системы права // *Советское государство и право*. 1956. № 8. С. 94; *Основы теории государства и права*. М., 1963. С. 465.

⁵ Так определял институт Д.А. Керимов в работе «Кодификация и законодательная техника». М.: Госюриздат, 1962. С. 55.

⁶ См.: *Сырых В.М.* Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: Юстицинформ, 2007. С. 230.

⁷ См.: *Нерсисянц В.С.* Общая теория права и государства. С. 430.

⁸ См.: *Теория государства и права: Учебник* / Под ред Р.А. Ромашова, В.П. Сальникова. 2-е изд. В 3 т. Т. 2. СПб.: Фонд «Университет», 2010. С. 88.

⁹ См.: *Черданцев А.Ф.* Системность норм права: Сб. ученых трудов Свердлов. юрид. ин-та. Вып. 12. Свердловск, 1970. С. 52–53; *Черданцев А.Ф.* Системообразующие связи

В литературе выделяют виды правовых институтов — специальные и общие¹. Специальные институты отражают особенное в общественных отношениях, общие институты — общее в этих отношениях. Причем если специальные институты регулируют отдельные обособленные виды однородных общественных отношений, то общие — не какой-то отдельный вид однородных общественных отношений, а некоторые сходные (общие) стороны всех отношений данного рода независимо от их видовой принадлежности². Ю.К. Осипов правильно, на наш взгляд, подчеркивает необходимость включения эти различия между специальными и общими институтами в определение правового института.

В.М. Сырых выделяет три признака, которые служат юридическим критерием обособления той или иной совокупности норм в конкретный правовой институт:

1) юридическое единство правовых норм (общие положения, правовые принципы или совокупность используемых правовых понятий, единство правового режима регулируемых отношений либо иные способы);

2) полнота регулирования определенной совокупности общественных отношений (институт включает в себя различные виды правовых норм, которые в комплексе содержат все аспекты правового регулирования соответствующей группы общественных отношений. Вследствие этого каждый институт является уникальным и не дублируется другими институтами);

3) обособление норм, образующих правовой институт, в главах, разделах, частях и иных структурных единицах законов, других нормативно-правовых актов³.

Мне кажется, выделение этих трех признаков — классический пример теоретического подхода к практической проблеме: все правильно и красиво, но неприменимо. С помощью этих признаков невозможно четко выделить тот или иной институт. Юридическое единство правовых норм характерно для всех норм той или иной отрасли права. Полнота регулирования и наличие различных видов правовых норм ни

права // Советское государство и право. 1974. № 8. С. 13; *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 139.

¹ См.: *Алексеев С.С.* Общая теория социалистического права. Вып. 1. Свердловск. 1963. С. 214—215; *Иоффе О.С.* Структурные подразделения системы права (на материалах гражданского права) // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 14. М., 1968. С. 49; *Якушев В.С.* О понятии правового института // Правоведение. 1970. № 6. С. 65.

² См.: *Осипов Ю.К.* Понятие институтов гражданского процессуального права // Правоведение. 1970. № 6. С. 65.

³ См.: *Сырых В.М.* Теория государства и права: Учебник для вузов. 3-е изд. М.: ЗАО «Юстицинформ», 2007. С. 237—238.

о чем не говорят, все правовые нормы находят выражение в нормативных правовых актах.

Но какое-то вспомогательное значение эти признаки, возможно, будут иметь.

Поэтому, мне кажется, наличие такого признака, как «регулирование отдельных видов однородных общественных отношений», при всей его неопределенности вполне достаточно для выделения правового института.

С учетом этих замечаний правовой институт можно определить как относительно обособленную самостоятельную и устойчивую группу норм, регулирующих отдельные виды однородных общественных отношений (специальные институты), или общее во всех отношениях данного рода независимо от их видовой принадлежности (общие институты).

В литературе подвергалось критике определение института на основе предмета правового регулирования (однородные общественные отношения), причем указывалось, что этот признак (предмет) страдает неопределенностью¹. Однако Ю.К. Осипов правильно подчеркивает, что вопрос о видах однородных отношений и признаках, которыми они характеризуются, должен решаться применительно к каждому отдельному роду общественных отношений и, следовательно, к каждой отдельной отрасли права. Вскрыть объективно необходимую дифференциацию отношений того или иного рода на отдельные виды, выявить их основные классификационные критерии и на этой основе выработать понятие правового института конкретной отрасли права — задача отраслевых правовых наук. Что же касается общего понятия правового института, то оно не может включить в себя все признаки, по которым нормы права отрасли объединяются в институты. Попытки конкретизировать общее понятие правового института до такой степени, чтобы с помощью его можно было решать, является ли институтом данная совокупность норм, заранее обречены на неудачу. Общее понятие института неизбежно сохранит элемент неопределенности².

9.2. ИЕРАРХИЯ УРОВНЕЙ СИСТЕМЫ ПРИМЕНительно К ИНСТИТУТУ ПРАВА

На мой взгляд, чтобы правильно решить проблему института права, необходимо применить к нему положения системного подхода.

¹ См.: *Иоффе О.С.* Структурные подразделения системы права. С. 54.

² См.: *Осипов Ю.К.* Понятие институтов гражданского процессуального права // Правоведение. 1973. № 1. С. 54–55.

Это неизбежно, если мы утверждаем, что положения системного подхода должны быть применены к праву. Это означает применение этих положений ко всем компонентам системы права начиная от нормы права и заканчивая самой системой права. Наиболее значимым, многочисленным и разветвленным компонентом системы права является институт права, и прежде всего к нему должны быть применены положения системного подхода. В юридической литературе этого почти никто не делает (за исключением, может быть, С.С. Алексеева).

Одним из важных положений системного подхода являются положения об иерархии уровней системы и иерархии структур системы¹.

Иерархия уровней системы заключается в том, что данная система включается в более «широкую» систему, которая тоже имеет свои элементы, иерархию структур, функции. В свою очередь, эта более «широкая» система входит в систему, охватывающую еще больше предметов и явлений, и т.д.

Если говорить о вертикальной структуре системы права, здесь сложилась всем известная триада: норма права — институт права — отрасль права. И затем уже сама система права. В то же время между нормой права и отраслью права существует порой множество образований, которые входят одно в другое, другое в третье, третье в четвертое и т.д. Все попытки как-то обозначить все эти образования, дав им свое наименование (субинститут, группа институтов, ассоциация норм и т.п.), мне кажется, изначально обречены на провал, ибо невозможно предусмотреть, сколько будет в том или ином случае конкретных ступенек на пути от нормы к отрасли права.

Выход заключается в том, чтобы признать, что к институту права относится все то, что шире нормы, но уже отрасли права. Это неизбежно приводит к выводу, что один институт входит в другой институт, а тот, в свою очередь, — в третий, более широкий и т.д. Например, цепочка: договор комиссии — посреднический договор услуг — договор услуг — договорное право — обязательственное право. Все эти образования являются, по нашему мнению, институтами права, хотя одно является разновидностью другого. Или, как указывал О.С. Иоффе, институтом называют право собственности, но в то же время говорят об институтах права государственной собственности, права личной собственности и др. О.С. Иоффе считал, что если отдельные виды права собственности считать институтами, то право собственности вообще — это нечто большее, чем институт права. Отсюда очевидно, по его мнению, что отрасль права может сложиться не только из институтов, но и из более

¹ Подробнее см.: § 2.2 настоящей работы.

укрупненных подразделений, которые, в свою очередь, образуются совокупностью соответствующих институтов¹.

Исследовав структуру права, О.С. Иоффе пришел к выводу, что существующих структурных подразделений системы права недостаточно для полного определения структуры советского права. Он предлагает помимо нормы права, института и отрасли права еще другие структурные подразделения системы права, а именно правовые принципы, подотрасль права и субинститут.

В гражданском праве О.С. Иоффе предлагал выделить следующие подотрасли: право собственности, обязательственное право, авторское право, изобретательское право и наследственное право. Кроме того, О.С. Иоффе выделял самостоятельные образования внутри института, которые он назвал субинститутами².

Правовые институты, по мнению О.С. Иоффе, следует разграничивать, подобно отраслям права, не по предмету правового регулирования, как считается в литературе, а по особому методу. Наряду с общеотраслевым методом у института есть свой метод, в то время как предмет правового регулирования у различных институтов может быть один (например, такие институты, как договор купли-продажи и договор поставки, имеют дело с экономическими отношениями купли-продажи, институт договора поручения и институт договора комиссии регулируют единый вид экономических отношений — отношения по осуществлению и приобретению прав и обязанностей для одного лица другим лицом). В соответствии с этим правовым институтом следует считать группу норм, объединяемых специфическим способом применения общеотраслевого метода к регулируемому ими виду общественных отношений.

Что касается правовой подотрасли, то ей присущ кроме своего внутриотраслевого метода еще и свой особый внутриотраслевой предмет правового регулирования, по которому она может быть ограничена от других подотраслей.

При разграничении же институтов и субинститутов следует пользоваться не предметом, а методом регулирования. Те группы норм, которые, пользуясь собственным методом, помимо отраслевого, а в некоторых случаях подотраслевого опираются также на метод какого-либо института, должны рассматриваться как его субинституты (розничная купля-продажа является субинститутом, входящим в институт купли-продажи)³.

¹ См.: *Иоффе О.С.* Структурные подразделения системы права (на материалах гражданского права). С. 46—47.

² См.: там же. С. 48, 51.

³ *Иоффе О.С.* Структурные подразделения системы права. С. 48, 51.

В.И. Давыдов, в целом признав эту классификацию правильной, предлагает дополнить ее еще самым крупным структурным подразделением отрасли права — разделением на части — общую и особенную¹.

Предложенная О.С. Иоффе структура права весьма интересна как попытка разобраться в конкретной структуре системы права. Однако в этой конструкции, на мой взгляд, имеются недостатки, которые не позволяют принять ее полностью. Дело в том, что, несмотря на кажущееся расширение числа структурных подразделений системы права, происходит, напротив, ограничение числа элементов структуры, в результате чего в указанную структуру зачастую не укладываются реально существующие правовые образования. Как раз известная гибкость понятия правового института² позволяет варьировать применение его в зависимости от особенностей той или иной отрасли права. Все то, что не укладывалось в норму права и не достигало размеров отрасли права, называли институтом, и проблема была решена. О.С. Иоффе предлагает весьма жесткую систему права: норма — субинститут — институт — подотрасль — отрасль — система права. Мы не говорим о правовых принципах, поскольку они стоят особняком и, честно говоря, вообще не входят в систему права. Следовательно, если число элементов в системе права превышает перечисленное, то излишние элементы уже не укладываются в систему.

Это легко показать на конкретных примерах, приводимых самим О.С. Иоффе. По его мнению, договор поручения и договор комиссии — это правовые институты³. Выше идет уже подотрасль права — обязательственное право. Все это правильно. Мы можем назвать даже субинституты договора комиссии, например такие разновидности договора комиссии, как договор собственника товара с брокером, дилером, консигнатором и другими участниками оборота. Но ведь между договором комиссии как правовым институтом и обязательственным правом как подотраслью могут существовать и существуют другие правовые образования, в частности посреднические договоры услуг, договоры услуг, договорное право и др.

Куда отнести эти образования? О.С. Иоффе предлагает критерий разграничения институтов и субинститутов по методу регулирования.

¹ Давыдов В.И. Проблемы кодификации гражданского законодательства. Кишинев: Изд-во Штиинца, 1973. С. 14—15.

² Такую гибкость понятия института в общем-то можно объяснить тем, что слово «институт» означает «установление», и поэтому с точки зрения обычного словоупотребления, все в области права можно называть институтом, начиная от самого права и заканчивая его единичными нормами (см.: Иоффе О.С. Структурные подразделения системы права. С. 51; Алексеев С.С. Структура советского права. С. 120).

³ Там же. С. 52.

Если группы норм, пользуясь собственным методом, опираются также на метод какого-либо института, они должны рассматриваться как субинституты. Если, скажем, договоры услуг признать институтом, то посреднические договоры услуг и договор комиссии должны быть признаны его субинститутами. Или надо вводить еще несколько подразделений: надинститут, субинститут субинститута и т.д.¹

Примером того, к чему может привести также жесткое укладывание института в структуру права, могут послужить доводы Н.И. Овчинникова против признания хозяйственного договора правовым институтом. Он утверждал, что «при существующей трехзвенной классификации юридических понятий — «норма права — юридический институт — отрасль права», хозяйственный договор, объединяющий ряд самостоятельных юридических институтов, логически неправильно рассматривать в качестве юридического института. Это понятие более общее и широкое, чем понятие юридического института. Но, к сожалению, ни общая теория права, ни теория гражданского права не дают таких классификационных понятий, которые могли бы определить место хозяйственного договора в системе договорного права»².

Между тем логически неправильно как раз утверждение, что хозяйственный договор не может быть институтом только потому, что он включает в себя другие институты. Если это не институт, то что такое? Н.И. Овчинников говорит, что это собирательное понятие. Он объединяет ряд самостоятельных правовых институтов. А институт — это не собирательное понятие (конечно, если рассматривать его не в онтологическом, а в гносеологическом аспекте)?³

Н.И. Овчинников пишет далее: «Специальные правила, применяемые к хозяйственным договорам, закреплены в законодательном порядке. Но эти нормы применяются не сами по себе, а в составе норм того или иного договорного типа. Следовательно, они самостоятельного значения (помимо действия правовых норм соответствующего договорного типа) не имеют. Институт же права объединяет однородные правовые нормы и самостоятельно регулирует те или иные разновидности общественных отношений. В отличие от

¹ Например, К.К. Лебедев придумал такое подразделение, как «первичные блоки правовых норм» (См.: *Лебедев К.К.* Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). СПб.: Юрид. Центр Пресс, 2002. С. 22–23).

² См.: *Овчинников Н.И.* Относительно природы хозяйственного договора // Материалы XIII научной конференции (Дальневосточный гос. ун-т). Ч. IV (филол. и юрид. науки), Владивосток, 1968. С. 106.

³ См.: там же.

юридического института хозяйственный договор как собирательное понятие те или иные разновидности общественных отношений самостоятельно не регулирует. Поэтому он не может рассматриваться в качестве юридического института. В этих условиях представляется правильным рассматривать хозяйственный договор как теоретическую конструкцию»¹.

Я уже говорил выше о неправильности отождествления понятий «теоретическая конструкция» и «правовой институт». Кроме того, нормы любого института применяются не сами по себе, а в составе норм того или иного института. Если взять тот же договор поставки, который Н.И. Овчинников считает институтом, то нормы его применяются только в составе норм разновидностей договора поставки (тоже институтов) — поставки продукции производственно-технического назначения и поставки товаров народного потребления.

Поэтому нельзя, по нашему мнению, давать жесткую, строго закреплённую структуру. Необходимо согласиться с тем, что понятие правового института обладает некоторой гибкостью. Следует признать тот факт, что один институт может входить в другой, более широкий, и, в свою очередь, включать в себя еще институты более узкие, что институты могут перекрещиваться между собой. На это обстоятельство мельком обратил внимание Л.И. Дембо, когда он говорил об общих, разветвленных правовых институтах, распадающихся на ряд конкретных и более мелких, но имеющих самостоятельное значение правовых институтов². Но дальнейшее развитие это положение начинает получать только в последующие годы. В частности, попытку выразить отношения субординации между институтами можно видеть и в системе структурных подразделений, данной О.С. Иоффе.

Субинститут, который вводит О.С. Иоффе — это тот же институт, только входящий в другой более широкий институт. Подотрасль — это объединение институтов (само являющее институтом), достигшее такой степени укрупнения, что у него обособляется своя общая часть.

С.С. Алексеев вводит наряду с субинститутом и подотраслью еще другие понятия, в частности такое правовое образование, как генеральный институт. Он пишет: «Вообще же в случаях, когда наблюдается подобная «многогранность», всегда существует, так ска-

¹ См.: Овчинников Н.И. Относительно природы хозяйственного договора // Материалы XIII научной конференции (Дальневосточный гос. ун-т). Ч. IV (филол. и юрид. науки). Владивосток, 1968. С. 106. С. 107.

² См.: Дембо Л.И. О принципах построения системы права // Советское государство и право. 1966. № 8. С. 93.

зять, завершающее звено — институт, объединяющий группу институтов и субинститутов, который может быть назван генеральным институтом»¹. «Генеральный институт представляет собой комплекс норм, которые закрепляют общую юридическую конструкцию, в преломленном виде (по сферам) выраженную в дифференцированных институтах»². Большой интерес также представляют и дальнейшего глубокого исследования заслуживают такие вводимые в научный оборот С.С. Алексеевым правовые образования, как ассоциации норм, объединения институтов (общие и предметные), сложные институты, семьи отраслей³.

В принципе, нет особых возражений против того, чтобы признать и применять подобные правовые образования: субинститут, сложный институт, генеральный институт, подотрасль. В частности, подотрасли в гражданском праве действительно существуют, и более четкое выделение и обособление их, несомненно, принесут большую пользу четкости законодательного регулирования, но при этом нельзя забывать того, что все образования являются институтами, выступая или как объединение институтов, или как часть другого института. Нельзя также заковывать эти образования в жесткую строго ограниченную по числу структурных подразделений систему права, ибо реально существующие закономерности системы права не укладываются в такую заданную схему и поэтому, говоря образно, могут «взорвать» ее.

С.С. Алексеев пишет, что **главной структурой**, выражающей строение права, является триада-норма, институт, отрасль. Наряду с этими необходимыми элементами правовой системы есть и такие, не всегда необходимые правовые образования, как субинституты и подотрасли, а также ассоциации норм, объединения институтов, семьи отраслей⁴. Однако применение подобных образований оправдывает себя, если рассматривать любой институт как многосистемную систему. Подавляющее большинство институтов могут включать в себя не единичные нормы, а опять же институты более низкого порядка, а сами, в свою очередь, входить в институты более высокого порядка, вплоть до отрасли права. При таком подходе любой практически институт может выступать и как субинститут, и как генеральный институт — в зависимости от аспекта рассмотрения его и от того, в соотношении с какими институтами он берется.

¹ См.: Алексеев С.С. Проблемы теории права. Т. I. Свердловск, 1972. С.141.

² См.: Алексеев С.С. Структура советского права. С. 147.

³ Там же. С 114, 149–156, 205 и др.

⁴ Там же. С. 23.

9.3. ИЕРАРХИЯ СТРУКТУР СИСТЕМЫ ПРИМЕНИТЕЛЬНО К ИНСТИТУТУ ПРАВА. КОМПЛЕКСНЫЕ ИНСТИТУТЫ ПРАВА

Иерархия структур системы означает, что любая система может быть разбита на элементы самым различным образом. Каждой такой совокупности элементов соответствует своя совокупность связей, т.е. своя структура предмета как системы. Каждая система объективно имеет множество структур, например пространственную, временную и т.д. Все структуры системы объективно связаны между собой, образуя иерархию структур системы¹.

До сих пор мы применяли эти положения к системе отраслей права, говоря о вторичной структуре и комплексных отраслях права.

Я думаю, теперь надо поговорить о комплексных институтах права.

При построении своей концепции об удвоении структуры права² С.С. Алексеев исходил из реальной действительности, которая не укладывалась в одноплоскостную структуру. В частности, на уровне институтов он оперирует такими образованиями, как хозяйственный договор и договор на обслуживание населения³. В одной из ранних работ я пытался доказать, что эти договоры действительно не могут быть расположены в одной плоскости с институтами поставки, купли-продажи, комиссии и другими видами договоров. Выделение хозяйственных договоров по обслуживанию граждан производится в иной плоскости и по иным основаниям, нежели классификация на виды договоров принятия в законодательстве и литературе⁴.

Выделение предпринимательского договора и договора на обслуживание населения должно иметь под собой объективную основу, отражать объективно существующую дифференциацию общественных отношений, регулируемых правом⁵. И такая дифференциация существует. В литературе недостаточно внимания обращается на то, что общественные отношения, регулируемые гражданским правом, классифицируются не только по характеру отношений, но и по субъек-

¹ Подробнее см. § 2.2 настоящей работы.

² Алексеев С.С. Структура советского права. С. 23.

³ См.: Алексеев С.С. Гражданское право в период развернутого строительства коммунизма. М., 1962. С. 226.

⁴ Подробнее см.: Масевич М.Г., Покровский Б.В., Сулейменов М.К. Правовые формы хозяйственного расчета производственных объединений и предприятий. С. 196—203.

⁵ Выделение договора на обслуживание как комплексного института, вторичного структурного образования поддерживалась специалистами, исследующими отношения в сфере обслуживания граждан (Кабалкин А.Ю. Роль гражданско-правового регулирования сферы обслуживания // Советское государство и право. 1976. № 4. С. 17—18).

там: юридических лиц между собой, граждан с юридическими лицами, граждан между собой.

Даже в советское время в литературе говорили о делении гражданского права на гражданское право социалистического хозяйства и гражданское право отдельного гражданина¹, о дифференциации гражданско-правового регулирования, выражающейся в выделении специальных норм, регулирующих отношения в социалистическом хозяйстве и регулирующих отношения в области обеспечения индивидуальных потребностей граждан².

Можно, видимо, согласиться с В.Ф. Яковлевым, что в целом гражданское право на эти две части не может быть подразделено, так как этому препятствует наличие общей части³. Однако дифференциация правовых институтов по данному критерию четко просматривается в главной структуре права (право государственной и право личной собственности, договор поставки и договор жилищного найма и т.д.). Но здесь этот критерий не основной, а вспомогательный.

Поэтому специфика общественных отношений может потребовать своего выражения в параллельной дополнительной структуре права, расположенной в иной плоскости, чем главная структура. Основным критерием структуры в данном случае могут быть субъекты отношений. Одним из проявлений данной структуры являются, на наш взгляд, такие правовые образования, как предпринимательский договор и договор на обслуживание потребностей граждан.

Классификация гражданско-правовых договоров в этой дополнительной структуре производится прежде всего по субъектам (договоры между юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, договоры между гражданами и социалистическими организациями, договоры между гражданами), а затем уже из этих групп выделяются предпринимательские и договоры по обслуживанию граждан по дополнительному критерию цели (обслуживание хозяйственной деятельности социалистических организаций или потребностей граждан)⁴.

Разделение институтов в данной плоскости может быть произведено и в отношении других норм, регулирующих однородные общественные

¹ См.: *Агарков М.М.* Предмет и система советского гражданского права // Советское государство и право. 1940. № 8–9. С. 54–70.

² См.: *Алексеев С.С.* Предмет советского социалистического гражданского права. Ученые труды Свердл. юрид. ин-та. Т. 1 (Сер. «Гражданское право»). Свердловск. 1959. С. 190–219; *Он же.* Гражданское право в период развернутого строительства коммунизма. М., 1962. С. 57.

³ См.: *Яковлев В.Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972. С. 173.

⁴ См.: Масевич М.Г., Покровский Б.В., Сулейменов М.К. Указ соч. С. 202.

отношения и уже объединенных в определенные институты в главной структуре права.

Например, имущественная ответственность делится на ответственность за нарушение договорных обязательств и деликтную ответственность. Но она же может быть разделена на ответственность в отношениях между предпринимателями, ответственность в отношениях между предпринимателями и гражданами, ответственность в отношениях между гражданами. Все правовые образования как по первой, так и по второй классификации являются институтами, но они расположены не в одной плоскости, а пересекаются между собой, ибо выделяются по различным классификационным критериям. Так, ответственность в отношениях между предпринимателями включает в себя частично договорную и частично деликтную ответственность. Ответственность в отношениях граждан с предпринимателями включает в себя частично договорную, частично деликтную. То же касается ответственности в отношениях между гражданами.

Следует признать, на наш взгляд, что правовые институты могут не только входить один в другой, т.е. находиться в одной плоскости, но и перекрещиваться между собой. Одна и та же норма может входить в несколько институтов одновременно. При этом необходимо, однако, различать действительное перекрещивание институтов, находящихся в разных плоскостях, и мнимое перекрещивание, когда институты находятся в одной структуре. Последнее касается соотношения институтов общей и особенной частей отрасли права. Скажем, тот же институт имущественной ответственности делится на субинституты имущественной ответственности за нарушение договора поставки, договора подряда и т.п., но эти субинституты, в свою очередь, входят в институты договора поставки, договора подряда и т.п. На первый взгляд налицо пересечение структур различных институтов. Но здесь следует учитывать, что институт имущественной ответственности относится к общей части обязательственного права, а институт договора поставки — к особенной. И соотношение между ними будет как соотношение между категориями общего, особенного и единичного (отдельного).

Имущественная ответственность иначе как в ответственности за конкретные нарушения проявляться не может. Поэтому она не перекрещивается с институтом договора поставки, а выражается в нем в виде ответственности за его нарушение.

Существование пересекающихся институтов может быть объяснено наличием в рамках права иерархии структур тем, что институты могут существовать в различных плоскостях, входить в различные структуры в рамках отрасли права. Такое положение вытекает в общем из фило-

софских основ структурного подхода в объекту: «В действительности не существует элемента, связанного только с той или иной конкретной структурой. Элемент всегда различными группами своих сторон входит в несколько структур одновременно и при своем истолковании обязательно требует учета специфики взаимосвязи между этими структурами»¹. «Одни и те же элементы, взаимодействуя различными сторонами, могут образовывать различные системы»².

Конечно, эти положения нельзя полностью применять к такому специфичному объекту, как право, но следует признать наличие в пределах отраслей права институтов, объединенных в различные системы и вследствие этого перекрещивающихся друг с другом.

Наличие иерархии структур применительно к институтам права может быть объяснено, на мой взгляд, именно тем, что на структуру права влияет одновременно несколько системообразующих факторов³, что связано со сложностью и многофакторностью общественных отношений. Поэтому можно классифицировать институты по различным отношениям и определять их в различных структурах в зависимости от системообразующего фактора, который мы в данном случае применяем. Разумеется, нельзя выделять структуры институтов по любым основаниям, это ведет к субъективизму.

Системообразующие факторы должны быть внешними для системы, в которой они применяются, и основываться на объективных признаках, определяющихся в данном случае общественными отношениями, регулируемые правом. Они должны быть достаточно существенны, чтобы базирующаяся на них система отражала не просто объективные, а глубинные, существенные признаки объекта.

С.С. Алексеев выделяет главный системообразующий фактор, который и является основанием реального выделения соответствующей структурной единицы (отрасли, институты и т.д.). Возможны и дополнительные системообразующие факторы, но на их основе выделяются комплексные правовые общности, вторичная структура.

Такое разграничение вполне отвечает концепции С.С. Алексеева об удвоении структуры права и в принципе возражений не вызывает. Однако он не учитывает, на мой взгляд, что главный системообразующий фактор — это не какой-то единичный, отдельный фактор, а единый комплекс системообразующих факторов. Недаром уже на следующей странице С.С. Алексеев говорит не о главном, а о главных

¹ Свидерский В.И., Зобов Р.А. Новые философские аспекты элементарно-структурных отношений. Л., 1970. С. 13.

² Аверьянов А.Н. Категория «система» в диалектическом материализме. М., 1974. С. 21.

³ См.: Алексеев С.С. Структура советского права. С. 47.

системообразующих факторах и делит их на две группы: а) предмет правового регулирования и б) функции права, его подразделений. Однако и сам предмет правового регулирования есть средоточие различных системообразующих факторов, поскольку «при более детальном анализе структуры права оказывается необходимым дифференцированно подходить к отдельным элементам предмета регулирования, различая, в частности, содержание и характер поведения, положение субъектов, объекты, условия возникновения и функционирования отношения и др.»¹.

Следовательно, выделение предмета правового регулирования в качестве главного системообразующего фактора применительно к правовому институту предполагает возможность существования различных системообразующих факторов и, следовательно, построение не одной, а нескольких систем в пределах одного структурного подразделения².

¹ См.: *Алексеев С.С.* Структура советского права. С. 50.

² Специального исследования заслуживает вопрос о соотношении понятия правового института с понятием «функциональный нормативный массив», которое выдвигает О.А. Красавчиков (см.: *Красавчиков О.А.* Система права и система законодательства (гражданско-правовой аспект) // Правоведение. 1975. № 2. С. 62–71).

ОГЛАВЛЕНИЕ

<i>Владимир Ем</i> Об авторе и его книге	3
Предисловие к российскому изданию	9
Введение	11
Глава 1. Право как система	14
1.1. Понятие права.....	14
1.2. Публичное и частное в праве	27
Глава 2. Система права.....	38
2.1. Системность права	38
2.2. Система права и структура права	46
2.3. Система права и правовая система: соотношение понятий	52
Глава 3. Система права и система законодательства.....	61
3.1. Объективное и субъективное в праве	61
3.2. Соотношение системы права и системы законодательства	66
3.3. Законодательство, законодательные акты, нормативные правовые акты: соотношение понятий	76
3.4. Соотношение кодексов и других законодательных актов	80
Глава 4. Предмет и метод правового регулирования как критерии разграничения отраслей права	86
4.1. Предмет правового регулирования как критерий разграничения отраслей права (на примере предмета гражданского права)	86
4.2. Предмет или метод – что главное?	94
4.3. Метод правового регулирования как критерий разграничения отраслей права	99

Глава 5. Главная структура (основные отрасли) права.....	106
5.1. Понятие отрасли права.....	106
5.2. Публично-правовые и частноправовые отрасли права.....	112
5.3. Конституционное право как суперотрасль права	117
Глава 6. Публично-правовые отрасли права.....	130
6.1. Административное право	130
6.2. Финансовое право	137
6.3. Гражданское процессуальное право	150
6.4. Гражданское исполнительное право как комплексная отрасль публичного права	156
Глава 7. Частноправовые отрасли права.....	165
7.1. Гражданское право	165
7.2. Семейное право	184
7.3. Трудовое право	189
7.4. Частное процессуальное право (право альтернативного разрешения споров)	198
7.5. Международное частное право как комплексная отрасль частного права	239
Глава 8. Вторичная структура (комплексные отрасли) права	252
8.1. Понятие комплексной отрасли права.....	252
8.2. Экономическая сфера деятельности (экономическое право).....	267
8.2.1. Общие положения	267
8.2.2. Предпринимательское право	270
8.2.3. Инвестиционное право	294
8.2.4. Право внешнеэкономической деятельности (внешнеэкономическое право) как институт предпринимательского инвестиционного права	305
8.3. Информационное право как отрасль социально-культурной сферы деятельности (социально-культурного права)	320
8.4. Экологическая сфера деятельности (экологическое право)	327

Глава 9. Институт права (правовой институт) в системе права	341
9.1. Понятие института права	341
9.2. Иерархия уровней системы применительно к институту права	345
9.3. Иерархия структур системы применительно к институту права. Комплексные институты права.....	352

Научное издание

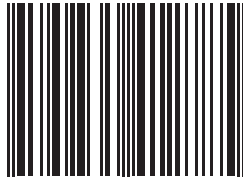
Майдан СУЛЕЙМЕНОВ

ПРАВО КАК СИСТЕМА

Подписано в печать 02.08.2016. Формат 60х90 $\frac{1}{16}$. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Усл. печ. л. 22,5.
Заказ №

Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел./факс: +7(495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-1278-5



9 785835 412785