

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

Фикции в международном праве

*Танимов О.В.**

*Малеев Ю.Н.***

Проблема фиктивного в праве, в том числе в международном праве, занимает чрезвычайно важное место, поскольку здесь в большинстве случаев только с помощью создания юридических фикций и оперирования ими возможно строить правоотношения.

То, что первоначально феномен фиктивного захватил умы виднейших философов, – факт общеизвестный. Ещё в 10-е – 30-е годы XX столетия проблема фикций была одной из весьма насущных в философии, очень быстро оформившись в целое философское течение.

Исследованием фикций в праве занимались такие известные ученые-правоведы, как Д.И. Гуляев, Г. Дербург, Г.Ф. Дормидонтов, Р. Иеринг, Д.И. Мейер, С.А. Муромцев, Г.С. Мэн, Ф.К. Савинь, Н.С. Суворов, Х. Файхингер, Г.Ф. Шершеневич и др. К сожалению очень мало современных авторов рассматривают юридические фикции в своих трудах. Среди них следует отметить В.К. Бабаева, В.М. Баранова, О.А. Курсову, К.К. Панько и др. Редкий современный юрист занимается исследованием феномена фикции в международном праве, хотя фикции здесь нашли довольно широкое применение.

Иногда исследователи акцентируют внимание на таком качестве юридической фикции, как способность эффективно устранять пробелы в законодательстве и праве в целом¹.

* Танимов Олег Владимирович – старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права Мордовского государственного университета им. Н.П. Огарева.

** Малеев Юрий Николаевич – д.ю.н., профессор кафедры международного права МГИМО (У) МИД России.

¹ Подробнее см.: Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. М., 2000; Вильнянский С.И. Лекции по советскому гражданскому праву. Харьков, 1958; Генкин Д.М.

Это наблюдение верно чисто по формальным основаниям: закон, правовая норма существуют, и неважно, что они не соответствуют новой действительности, – правовая ниша заполнена. Эффективно ли это на самом деле? Ответ может быть разный.

Главное в правовой фикции другое – всё законодательство и право (и не имеющее пробелов) основывается на юридических фикциях. Юридическая фикция по своей природе не призвана устранять пробелы в законодательстве и праве. Роль ее значительно серьезнее и непосредственно связана с содержательной частью всего законодательного и правового процесса, в котором чрезвычайно редко удастся «заморозить» правовую норму и регулируемые ею общественные отношения в состоянии полного соответствия. Следовательно, законодатель и другой нормоустанавливающий механизм вынуждены прибегать к фикции, чтобы в определенной правовой сфере правопорядок обладал системностью.

Этот аспект близок к правотворчеству. Но в теоретическом плане дело обстоит сложнее. Право, в отличие от регулируемых им общественных отношений, обладая значительной стабильностью (можно даже сказать – консервативностью), постоянно отстает от регулируемых им общественных отношений в очень многих областях. Это неизбежно, по-иному быть не может, иначе пришлось бы многие нормы заново принимать чуть ли не каждую неделю. Возникает необходимость в использовании института фикций, в одних случаях – на короткое время, в других – на длительный срок.

Увидеть в правовых фикциях нечто большее, чем просто казусы, впервые попытался Ганс Файхингер², который сформулировал

Юридические лица в советском гражданском праве // Проблемы социалистического права. 1939. № 1; Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001; Гражданское право: В 2 т.: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 1998. Т. 1; и др.

² Файхингер (Vaihinger) Ханс (1852—1933), немецкий философ-идеалист, последователь Ф.А. Ланге. Автор Комментария к «Критике чистого разума» Канта. Основатель Кантовского общества (1904). В главном сочинении «Философия как если бы» (изд. в 1911, 1927 гг.) Файхингер дал субъективно-идеалистическое истолкование философии Канта, предлагавшего пользоваться основными мировоззренческими идеями (душа, мир, бог) «как если бы их объекты были реальны». Считая научные и философские понятия («атом», «бесконечно-малое», «абсолют», «бог» и др.) фикциями, не имеющими теоретической ценности, но практически (и «биологически») важными (концепция *фикционализма*, «критического позитивизма»), Файхингер пришёл к выводам о невозможности познания действительности, как она есть «на самом деле», и к признанию ощущений конечной доступной познанию данностью. Подробнее идеи Файхингера о фикционализме см.: Бакрадзе К.С. Очерки по истории новейшей и современной буржуазной философии. Тб., 1960.

гносеологическую теорию, придающую фикциям положительное значение. Фикции – суть сознательно-ложные понятия и представления, утверждает он, т.е. такие понятийные предпосылки (добавим, и следствия. – Ю.М., О.Т.) познания, которые являются не отрицательным побочным результатом исследования, а наоборот, сознательно применяемыми его средствами. Побуждает к использованию фикций их практическая полезность в достижении искомого результата. Этот основной постулат положен Файхингером в основу своего учения, которому он дал именование «Философия как если бы»³.

Публикация в 1911 году указанного сочинения Файхингера и кладет начало существованию фикционализма (фикционизма) как особого и довольно устойчивого течения европейской философской и правовой мысли (русской – в том числе).

Юридическая наука сформировала две основные точки зрения в отношении фикций: фикция как неизбежный прием законодательной техники, отражающий внутренние свойства, присущие правовым нормам; и фикция – антипод закона, отчуждающий закон от интересов общества (т.е. создающий искусственную правовую среду, в рамках которой заставляют жить общество независимо от требований реальных общественных отношений).

«Слово фикция на юридическом языке, – пишет Г.В. Дормидонтов, – обозначает предположение какого-либо факта или качества, предположение, противоречащее нередко действительности, но рассчитанное на то, чтобы произвести известные юридические последствия. Fingere – выдумывать, притворяться, воображать известный факт, который в действительности не существовал»⁴.

Ю. Барон, – немецкий юрист, профессор Боннского университета (родился в 1834 году) по этому поводу отмечает: «Часто право предписывает признавать существующее обстоятельство за несуществующее и, наоборот, несуществующее за существующее; такой прием называют фикцией (юридическим вымыслом)»⁵.

«Фикция юридическая связывает два факта между собой, объявляя то, что должно быть, придавая предположению авторитет и силу. Она

³ Солонин Ю.Н. К проблеме европейского пессимизма как явления философии и культуры // Метафизические исследования. № 4. СПб., 1997. С. 13.

⁴ Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1905. С. 5.

⁵ Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб., 1909. С. 104.

предназначена скорее представлять (замещать) истинное, а не обнаруживать его в действительности» (Г.С. Мэн)⁶.

Мы хотели бы предложить следующее определение юридической фикции: *«Юридическая фикция - универсальный технико-юридический прием оформления норм права, обязывающий совершать юридически значимые действия при отсутствии точно корреспондирующих им реальных общественных отношений, и наоборот – создавать правовую надстройку над реальными общественными отношениями, которая не соответствовала бы последним. Юридическая фикция призвана обеспечить непрерывность функционирования правового процесса, стабильность правопорядка, в том числе – преодолевать состояния неопределенности и пробельность в правовом регулировании»*.

Б силу сказанного фикции свойственны всем правовым системам. Иногда их использование, с точки зрения обыденного сознания, находится на грани фальсификации понятий. Например, в США в начале XX века, при возникновении проблем в судопроизводстве в силу пробелов в законодательстве, но острой необходимости решить дело, американские суды обходили соответствующие препятствия путем условного приравнивания (отождествления) таких понятий, как «имущество» и «делать бизнес»⁷.

Столь же необычной (по мнению ряда юристов, невозможной) выглядит постановка вопроса об административной и уголовной ответственности юридического лица. Но многие государства, столкнувшись с резким ростом правонарушений, совершаемых корпорациями, пошли по пути применения норм-фикций в данном случае. Ситуация в определенной мере облегчилась тем, что и само **юридическое лицо представляет собой правовую фикцию**. В результате в настоящее время уголовная ответственность юридических лиц установлена **во Франции, Бельгии, Дании, Японии, Канаде, США, Южной Корее, Голландии, Норвегии, Австрии и некоторых других государствах**. Административная ответственность юридических лиц установлена в Германии, Италии и Португалии.

Собственно, привлечение юридических лиц к гражданско-правовой ответственности – чистая фикция. Но к этому давно уже все привыкли. Поэтому и дальнейшее развитие «фиктивной ответственности» все менее вызывает споров.

⁶ Мэн Г.С. Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. СПб., 1873. С. 2.

⁷ Согрин В.В. Политическая история США. XVII-XX вв. М., 2001. С. 183.

Об ответственности юридических лиц (в том числе уголовной) говорится в Конвенции Совета Европы о гражданско-правовой ответственности, Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию (Страсбург, 27 января 1999 г.), Палермской Конвенции ООН об ответственности транснациональных корпораций и др.⁸

Интересен наиболее современный феномен ответственности юридических лиц за коррупцию, предусмотренной в **Конвенции СЕ о уголовной ответственности за коррупцию** от 27.01.1999 г.⁹ и в **Конвенции СЕ о гражданско-правовой ответственности за коррупцию** от 04.11.1999 г.¹⁰

На базе этих двух конвенций намечается универсальная тенденция о привлечении юридических лиц к ответственности, в том числе – уголовной.

⁸ Иванов Л. Административная ответственность юридических лиц // Российская юстиция. 2001. № 3. С. 20.

⁹ Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (ETS №173), [рус., англ.]. (Заключена в г. Страсбурге 27.01.1999). Документ опубликован не был. Ст. 18 Конвенции гласит: «Каждая Сторона принимает такие законодательные и иные меры, которые могут потребоваться для обеспечения того, чтобы юридические лица могли быть привлечены к ответственности в связи с совершением уголовных преступлений, заключающихся в активном подкупе, использовании служебного положения в корыстных целях и отмывании денег, квалифицированных в качестве таковых в соответствии с настоящей Конвенцией». Ст. 19 Конвенции гласит: «Каждая Сторона обеспечивает, чтобы в отношении юридических лиц, привлеченных к ответственности в соответствии с пунктами 1 и 2 ст. 18, применялись эффективные, соразмерные и сдерживающие уголовные или не уголовные санкции, в том числе финансового характера. Каждая Сторона принимает такие законодательные и иные меры, которые могут потребоваться для того, чтобы наделить себя правом конфисковывать или иным образом изымать орудия совершения и доходы от уголовных преступлений, квалифицированных в качестве таковых в соответствии с настоящей Конвенцией, или имущество, стоимость которого эквивалентна таким доходам».

¹⁰ Конвенция о гражданско-правовой ответственности за коррупцию (ETS № 174), [рус., англ.]. (Заключена в г. Страсбурге 04.11.1999 г.). Пункт 2 ст. 4 данной Конвенции гласит: «Каждая сторона предусматривает в своем внутреннем праве, что, если несколько ответчиков ответственны за ущерб, причиненный одним и тем же актом коррупции, то они будут нести солидарную или долевую ответственность». Из содержания данной статьи не следует, кто может быть ответчиком – физическое или юридическое лицо. Следует полагать, что государства-участники будут привлекать к ответственности за коррупцию юридических лиц, так как такая тенденция намечена в ряде иных конвенций. См. Конвенцию об уголовной ответственности за коррупцию от 27.01.1999 г.; Венскую Конвенцию о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1997 года; Международную Конвенцию об ответственности и компенсации за ущерб в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ 1996 года и др.

Международное право включает в себя и другие виды правовых фикций, которые, кроме прочего, нашли свое применение в международных договорах¹¹ и в решениях Европейского Суда по правам человека¹².

Если рассматривать субъекты международного права (государства, международные организации, специфические субъекты и т.д.) с позиции конструкции юридического лица, то можно утверждать, что они тоже являются юридическими фикциями. Кроме того, определенную специфику имеет, например, вопрос о международной правосубъектности Мальтийского ордена, который в 1889 году был признан суверенным образованием. Место пребывания Ордена – Рим. Официальная цель – благотворительность. Орден имеет дипломатические отношения со многими государствами. Ни своей территории, ни населения у Ордена нет. Его суверенитет и международная правосубъектность – правовая фикция. О населении Ватикана также можно говорить только условно.

Фикция нередко является средством юридической экономии, с помощью которого соответствующие цели достигаются легче. Вероятно, об этом пишет Г.П. Толстопятенко, утверждая, что «наиболее сложным, с точки зрения юридической техники, является комбинированное регулирование налоговых отношений, обусловленное, с одной стороны, сложившимся соотношением налоговой юрисдикции ЕС и государств-членов, а с другой стороны, неготовностью последних применять некоторые нормы интеграционного права». И далее: «анализ показывает, что законодатели ЕС более склонны к гибким правовым формам, сочетающим в себе на постоянной основе национальное и интеграционное право»¹³. «Гибкие формы», о которых идет речь, есть не что иное, как применение юридических фикций.

¹¹ См. Конвенцию ООН по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 г.) Договор о торговле между СССР и Лаосской Народно-Демократической Республикой (Москва, 22 апреля 1976 г.); Договор о торговле и мореплавании между СССР и КНДР, 2 июня 1960 г.); Договор о торговле и мореплавании между СССР и Турецкой Республикой (Анкара, 8 октября 1937 г.) и др.

¹² См.: S. W. против Соединенного Королевства. Решение Европейского Суда по правам человека от 22 ноября 1995 г.; Маркс против Бельгии. Решение Европейского Суда по правам человека от 13 июня 1979 г.; «Санди Таймс» (The Sunday Times) против Соединенного Королевства. Решение Европейского Суда по правам человека от 26 апреля 1979 г. и др.

¹³ Толстопятенко Г.П. Европейское налоговое право (проблемы теории и практики): Автореф. дис... д-ра. юр. наук. М., 2001. С. 14.

Наконец, наиболее современные правовые (и иные) фикции действуют в информационном поле, виртуальном мире, который, как отмечается в Окинавской Хартии глобального информационного общества, является одним из наиболее важных факторов, влияющих на формирование общества XXI века. Рассмотрим некоторые юридические фикции в данной сфере.

Сам виртуальный мир в целом – своего рода, фикция. И отношения, возникающие в этом фиктивном мире, даже «более естественно» регулировать, применяя юридические фикции информационного права.

Здесь действуют не реальные, а «виртуальные» личности, проявленные только некоторыми своими атрибутами, например сетевым псевдонимом, персональным сертификатом, заверенным компанией, номерным банковским счетом в оффшорном банке или регистрационным номером в какой-то зарубежной стране¹⁴.

Потребность в системном нормативном урегулировании отношений, связанных с Интернет, нарастает¹⁵. Не случайно на Парламентских слушаниях «О правовом регулировании использования сети Интернет», прошедших 18 мая 2000 г., был выдвинут (и поддержан большинством) тезис о том, что Интернет, по сути, является особым публичным пространством¹⁶.

Правильность такой позиции подтверждается и выводами, к которым пришли специалисты при изучении современного общества. Так, по мнению некоторых авторов, является установленным фактом, что во второй половине XX века человеческое общество находится в состоянии совершения новой социотехнической революции, целью которой является переход человека к новой цивилизации, к формированию нового типа общественного устройства. Существующее при этом доминирующее положение информационных технологий, процесс бурного развития которых мы видим, а также их внедрение в общественную жизнь в последние десятилетия, позволяет определить указанную революцию как информационную¹⁷.

Информация, как интеллектуальный ресурс, затрагивает весьма тонкие струны социального организма, а следовательно, и те механизмы,

¹⁴ Лопатин В.Н. Информационная безопасность России: Человек. Общество. Государство / Санкт-Петербургский университет МВД России. СПб., 2000. С. 42-43.

¹⁵ Бачило И.Л. Информационное право. М., 2001. С. 225.

¹⁶ Трофименко А. Какими нормативными актами регулировать сетевые отношения // Российская юстиция. 2000. № 9. С. 55.

¹⁷ Воронина Т.П. Информационное общество. Сущность, черты, проблемы. М., 1995. С. 5.

с помощью которых возможно оказывать регулирующее воздействие на аккумуляцию и использование информационного ресурса, на состояние многих институтов социальной, политической и правовой жизни планеты¹⁸.

В связи с этим особое место в регулировании отношений в информационной сфере занимает информационное право или международное информационное право, которое как отрасль права находится в стадии формирования. В качестве примеров юридических фикций рассмотрим некоторые категории, которые созданы и успешно применяются при международном информационном обмене.

Одним из таких объектов является *электронный документ*, к использованию которого в международном праве и внутрисударственном праве все чаще прибегают в связи с возрастающей необходимостью хранения и использования информации. Законодательство РФ дает понятия обычного и электронного документа (далее ЭД). Документированная информация (документ) представляет собой зафиксированную на материальном носителе информацию с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать (ст. 2 ФЗ «Об участии в международном информационном обмене»). В соответствии со ст. 3 ФЗ «Об электронной цифровой подписи» ЭД – документ, в котором информация представлена в электронно-цифровой форме¹⁹. Согласно Модельному закону СНГ «Об электронной цифровой подписи» эта форма является цифровой. В соответствии с законом Украины «О платежных системах и переводе денег в Украине» ЭД – документ, информация в котором представлена в форме электронных данных²⁰.

ЭД содержит все признаки, присущие юридической фикции: универсальность²¹; нормативное закрепление фикции в нормах права²²; неопровержимость юридической фикции²³; заведомая условность²⁴;

¹⁸ Бачило И.Л. Информационное право. М., 2001. С. 215.

¹⁹ СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 127.

²⁰ Шамраев А.В. Правовое регулирование информационных технологий (анализ проблем и основные документы). М., 2003. С. 526-527.

²¹ Применение ЭД не ограничено рамками какой-либо одной правовой системы. Он применяется практически во всех правовых системах современности, т.е. и в международном праве в целом.

²² Этот признак для ЭД подтверждается ст. 3 ФЗ «Об электронной цифровой подписи». Более подробно о данном признаке юридической фикции см.: Данилин В.И., Ретов С.И. Юридические факты в советском семейном праве. Свердловск, 1989. С. 25.

²³ После нормативного закрепления опровергнуть юридический факт можно только путем отмены нормы.

особое целевое назначение в механизме правового регулирования общественных отношений²⁵; способность фикций вызывать друг друга. Формальный характер также присущ этому документу как фикции. Данный признак указывает, что использование фикций обусловлено внутренними особенностями права как регулятора общественных отношений и, в частности, таким его свойством, как формальная определенность, «частной задачей которой является четкое, ясное закрепление прав и обязанностей участников правоотношений в установленной форме»²⁶.

Использование ЭД породило еще одну фикцию – электронную цифровую подпись (далее – ЭЦП). Если для традиционных документов подпись или штамп всегда были жестко привязаны к самому документу, то, например, указание пароля либо предъявление магнитной карточки открывает вход в некую систему создания документов, и в дальнейшем такие документы не имеют жестко увязанного с ними подтверждения их подлинности. Например, вы вставляете магнитную карточку в банкомат и вводите ваш код, после этого делаете запрос (создаете ЭД) на получение определенной суммы наличными. Никакого документа, аналогичного расходному ордеру с вашей подписью, который вы заполняете в сбербанке, в данной ситуации не существует. Поэтому для повышения безопасности таких систем часто используются комбинации различных методов (например, при оплате товара или услуги с помощью магнитной карточки приходится подписывать бумажный документ, подтверждающий платеж).

Проблема сохранения ЭД от уничтожения, копирования, модификации, подделки требует для своего решения специфических средств и методов защиты (формирование корпоративных сетей, техническая защита сетей, криптографическая защита и т.д.). Одним из распространенных в мире средств подтверждения подлинности ЭД является ЭЦП, которая посредством специального программно-информационного комплекса обеспечивает надежное подтверждение оригинальности сведений, реквизитов документа и факта его «электронного подписания» конкретным лицом. ЭЦП позволяет заменить при безбумажном документообороте традиционные печать и подпись.

²⁴ ЭД – документ, в котором информация представлена в электронно-цифровой форме, а не в привычном для документа виде.

²⁵ ЭД, как юридическая конструкция, предназначен для устранения пробелов в отношениях, связанных с оборотом информации, представленной в электронном виде.

²⁶ Панько К.К. Фикции в уголовном праве и правоприменении. Воронеж, 1998. С. 31.

Международное сообщество уже сделало определенные шаги в развитии данного института информационного права. Так, Европейский парламент и Совет Европы приняли ряд директивных документов, в частности Директиву 1999/19/31 ЕС для электронных подписей и Директиву 2000/31/ЕС по некоторым юридическим аспектам информационных услуг общества для электронной коммерции, на которых строится электронная коммерция²⁷.

В соответствии с ФЗ «Об электронной цифровой подписи» ЭЦП – реквизит ЭД, предназначенный для защиты данного ЭД от подделки, полученный в результате криптографического преобразования информации с использованием закрытого ключа электронной цифровой подписи и позволяющий идентифицировать владельца сертификата ключа подписи, а также установить отсутствие искажения информации в электронном документе.

Кроме рассмотренного выше, существуют и другие определения ЭЦП²⁸.

Употребляемые как синонимы термины «электронная подпись» (ЭП) и «электронная цифровая подпись» на самом деле имеют существенное различие. Большинство мировых нормативных актов в этой области, например Типовой закон Комиссии ООН по праву в международной торговле ЮНСИТРАЛ, оперируют понятием «электронная подпись»²⁹. Оно объединяет целый спектр электронных технологий. Это не только математические алгоритмы, реализованные в цифре на ком-

²⁷ См. Ведомственную газету Европейского союза от 19 января 2000 г.

²⁸ Например, в Директиве ЕС «О правовых основах Сообществ для электронных подписей» (см. Официальный вестник. 2000. № L 013. С.0012-0020) под ЭЦП понимаются данные в электронной форме, присоединяемые к другим данным или логически связанные с ними (предметный признак ЭЦП) и служащие для аутентификации (функциональный признак ЭЦП). Директива предусматривает возможность использования ЭЦП с более широкими функциональными признаками («электронные подписи повышенной надежности») (ЭППН). ЭППН должна отвечать следующим требованиям: связана однозначно с подписавшим лицом; достаточна для его идентификации; создается с использованием средств, находящихся под единоличным контролем подписавшего лица; связана с данными, к которым она относится, таким способом, что любое последующее изменение этих данных становится очевидным. Менее ЭЦП можно определить как алгоритм, с помощью которого автор сообщения «подписывает» сообщение, или средство, позволяющее на основе криптографических методов надежно установить авторство и подлинность документа.

²⁹ См.: текст Резолюции, Типового закона ЮНСИТРАЛ и Руководства по принятию закона в официальном издании Организации Объединенных Наций (Нью-Йорк, 1997). Закон принят в 1996 году с целью содействовать согласованию и унификации права международной торговли, с тем, чтобы устранить ненужные препятствия для международной торговли, обусловленные неадекватностью и различиями в законодатель-

пьютерах, но и такие биометрические, как сканирование отпечатков пальцев, сетчатки глаза, спектральных характеристик голоса, а в перспективе – и молекул ДНК. В подлинности электронного сообщения можно убедиться, используя также специальные ПИН-коды, смарт-карты, маркеры, принадлежащие подписывающему лицу. Такое расширенное толкование во многом оправданно, ведь сейчас невозможно надежно предсказать, какая именно технология ЭП будет доминирующей. Российское законодательство пошло по пути использования ЭЦП. Сама по себе эта методика сейчас одна из самых развитых, и у нее есть серьезные достоинства³⁰.

В результате представляется, что ЭЦП и есть не что иное, как юридическая фикция, наравне с ЭД, который она удостоверяет. Ниже приводятся доказательства этого утверждения.

Прежде всего, любая фикция становится юридической только после закрепления ее в норме права. Нормы-фикции как прием законодательной техники для своего объекта регулирования вычлениают те обстоятельства, которые находятся в состоянии невосполнимой неизвестности, придавая им юридическое значение. ЭЦП как юридическая фикция стала существовать после закрепления ее в ГК РФ, ФЗ «Об ЭЦП», Типовом законе ЮНСИТРАЛ «Об электронных подписях», Директиве о порядке использования электронных подписей в Европейском Сообществе и др. Только благодаря этому она как юридическая фикция может вызывать определенные правовые последствия.

Цифровая подпись не имеет ничего общего с последовательностью символов, соответствующих печати или подписи, приписанной к документу. При построении цифровой подписи вместо обычной связи между печатью или рукописной подписью и листом бумаги выступает сложная математическая зависимость между документом, закрытым и общедоступным ключами. То есть об ЭЦП как о подписи в том виде, в котором мы ее привычно воспринимаем, можно говорить только условно³¹. ЭЦП – это не просто подпись, а результат криптографическо-

стве, регулирующем торговлю. В результате проведенного анализа в законе выявлено наличие 13 юридических фикций (в законе всего 17 статей). Данное обстоятельство подтверждает то, что мировое сообщество осознало необходимость практического использования в нормативных документах и на практике этого технико-юридического приема.

³⁰ Костинский А. Закон «Об электронной цифровой подписи» // Современная книга. 2002. № 1. С. 96.

³¹ То же самое можно сказать и об электронном документе.

го преобразования информации. Здесь явно присутствует элемент (признак) условности.

ЭЦП имеет особое целевое назначение в механизме правового регулирования. Она, в соответствии со ст. 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ «Об электронных подписях», используется, чтобы идентифицировать подписавшее лицо, т.е. как фикция служит специальным средством правового воздействия на общественные отношения по использованию электронного документа, когда иные юридические конструкции оказываются неэффективными.

ЭЦП в качестве фикции присуща неопровержимость, так как она обходит неопределенность, категорически утверждая что-либо (в нашем случае – подлинность документа).

Юридические фикции имеют еще одно свойство, а именно – способность вызывать (обуславливать, порождать) друг друга. ЭЦП как юридическая фикция вызвана другой фикцией – электронным документом. Широкое использование ЭД в настоящее время вызвало проблему подтверждения их подлинности, авторства и юридической силы. Для ее решения была создана другая фикция – ЭЦП как реквизит электронного документа.

И последнее – универсальность. О наличии этого признака говорит тот факт, что в настоящее время во всем мире повышается законодательная активность в области правового регулирования электронной цифровой подписи (ЭЦП). В США, Австрии, Англии, Ирландии, Индии и Сингапуре приняты законы, посвященные ЭЦП. Некоторые из них направлены непосредственно на нормативно-правовое регулирование применения ЭЦП, другие – на нормативно-правовое регулирование электронной коммерции и применения информационных технологий, в том числе ЭЦП. Действуют также международные правовые акты. Например, Директива Европейского Парламента и Совета ЕС № 1999/93/ЕС «Об общих рамочных условиях для электронных подписей» 1999 года³².

В соответствии со сказанным можно определенно заключить, что ЭЦП по всем признакам соответствует юридической фикции (технико-юридическому приему разработки и реализации норм права).

При постановке и исследовании вопроса о правовом регулировании в сети Интернет возникает еще ряд специальных общетеоретических проблем. Среди них: юрисдикция Сети; правосубъектность лиц, пред-

³² См.: Официальный вестник. 2000. № L 013. С. 0040-0048.

ставляющих, распространяющих и потребляющих информацию в Сети; определение времени и места действия в Сети.

При анализе механизмов действия сети Интернет и способов представления и распространения информации в ней также возникают уникальные и не имеющие аналогов в реальном мире специальные юридические проблемы.

Во-первых, это проблемы регулирования электронной коммерции: заключения контрактов посредством сети Интернет, недобросовестной рекламы, налогообложения предпринимательства в Сети и др.

Во-вторых, проблемы, связанные с идентификацией сетевых продавцов.

В-третьих, проблемы соблюдения авторских прав в Сети³³.

Как отмечалось, фикции применяются только в таких ситуациях, в которых **обычные нормы бессильны урегулировать отношения**. Вместе с тем п. 29 Руководства по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле рекомендует обеспечить применение Закона по возможности на максимально широкой основе, проявляя особую осторожность при ограничении сферы его действия международными видами использования сообщений данных, поскольку подобное ограничение может воспрепятствовать полному достижению целей Закона.

Поскольку Типовой закон содержит ряд статей (ст. 6, 7, 8, 11, 12, 15 и 17)³⁴, позволяющих государствам по своему усмотрению ограничивать сферу применения конкретных аспектов Закона, сужать сферу применения его текста рамками международной торговли не обязательно. Кроме того, на практике может оказаться довольно сложно разграничить сообщения в международной торговле на сугубо внутренние и международные. Правовая определенность, которую должен обеспечить Типовой закон, необходима как для внутренней, так и для международной торговли, а двойственный характер режимов, регулирующих использование электронных средств записи и передачи данных, может создать серьезное препятствие для использования таких средств³⁵.

Таким образом, Типовой закон, используя юридические фикции, может также способствовать устранению неблагоприятных факторов, возникающих в результате несовершенства законодательства на национальном уровне. Этот недостаток, в свою очередь, создает препят-

³³ Подобнее см.: Трофимко А. «Сетевые публикации»: понятие и правовое регулирование // Российская юстиция. 2000. № 3. С. 50.

³⁴ Из указанного перечня юридические фикции содержат ст. 8 и 15.

³⁵ См.: Руководство по принятию Типового закона Юнситрал об электронной торговле / Официальное издание Организации Объединенных Наций. Нью-Йорк, 1997.

ствия для международной торговли, осуществляющейся в известной мере с использованием современных средств передачи данных.

Одна из целей унифицированных норм заключается в том, чтобы дать пользователям, которые потенциально могут принять участие в электронной торговле, возможность устанавливать надежные юридические отношения по электронной торговле посредством заключения соглашения о передаче сообщений в рамках закрытой сети. Вторая цель таких норм состоит в содействии использованию электронной торговли за пределами такой закрытой сети, т.е. в открытой среде. Третья цель этих норм состоит в том, чтобы дать возможность использовать электронный обмен данными и соответствующие средства передачи данных, а не навязывать их применение. Кроме того, цель Закона заключается в создании правовых условий, которые были бы возможно более надежными, с тем чтобы облегчить использование электронной торговли сторонами, обменивающимися сообщениями³⁶.

Данный анализ подтверждает необходимость не только совершенствования норм традиционного права, но и применения новых механизмов, используя современные возможности юридических фикций.

В российском законодательстве юридические фикции играют довольно значительную роль в правовом регулировании.

Например, согласно ст.ст. 113, 114 ГПК РФ обязательно извещение судом лиц, участвующих в деле, о времени и месте заседания. Иначе решение подлежит безусловной отмене (п. 3 ст. 223 ГПК). Но заинтересованное лицо во время производства по делу может сменить место жительства, не известив об этом суд. В таком случае есть достаточные основания полагать, что это лицо уклоняется от суда, и возможен и целесообразен вариант – выслать судебную повестку по ранее известному адресу, после чего полагать выполненной процессуальную обязанность извещения и продолжать рассматривать дело по существу. Ст. 118 ГПК РФ закрепляет соответствующую норму: «При отсутствии такого сообщения (о перемене своего адреса во время производства по делу) судебная повестка или судебное извещение повестка посылаются по последнему известному суду месту жительства или месту нахождения адресата и считаются доставленными, хотя бы адресат по этому адресу более не проживает или более не находится». Несомненно, мы здесь имеем дело с юридической фикцией.

³⁶ См.: п. 141 Руководства по принятию Типового закона Юнситрал об электронной торговле.

Часть 3 ст. 79 ГПК РФ устанавливает: «При уклонении стороны от участия в экспертизе, непредставлении экспертам необходимых материалов и документов для исследования и в иных случаях, если по обстоятельствам дела и без участия этой стороны экспертизу провести невозможно, суд в зависимости от того, какая сторона уклоняется от экспертизы, а также какое для нее она имеет значение, вправе признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым». Здесь фиктивным будет вывод суда о признании стороной сведений, содержащихся в непредставленном средстве доказывания, а также об установлении или опровержении факта, по которому экспертиза не была проведена. Выводы суда с очевидностью не соответствуют реальной действительности (непредставленное средство доказывания не исследовалось, экспертиза не проводилась), но они необходимы, чтобы преодолеть невыполнение одной из сторон своих процессуальных обязанностей и осуществить правосудие по делу.

В целом в данной сфере фикции являются мерами, обеспечивающими процессуальную экономию юридических средств и сил судей, а также лиц, участвующих при отправлении правосудия по гражданским делам.

Помимо процессуальных фикций, суд применяет фикции других отраслей права. Так, при рассмотрении в порядке особого производства дела об объявлении гражданина умершим суд исходит из того, что днем смерти этого человека считается день вступления в законную силу решения (ч. 3 ст. 45 ГК РФ). Фиктивным является и начало исчисления срока для признания гражданина безвестно отсутствующим (ст. 42 ГК РФ)³⁷.

Следует отметить, что фикция служит также одним из способов преодоления часто возникающего состояния неопределенности в правовом регулировании. Например, ч. 2 ст. 435 ГК РФ устанавливает: «Если извещение об отзыве оферты поступило ранее или одновременно с самой офертой, оферта считается не полученной». Подобная конструкция по аналогии предусмотрена и ст. 439 ГК РФ об отзыве акцепта.

Фикции нашли применение и в уголовном праве. Например, снятая или погашенная судимость признается несуществующей (ст. 86 УК РФ), освобождение от уголовной ответственности при деятельном раскаянии, несмотря на то, что преступное деяние было совершено (ст. 75 УК РФ). В настоящее время в УПК РФ предусмотрена возможность

³⁷ Зайцев И. Правовые фикции в гражданском процессе // Российская юстиция. 1997. № 1. С. 9-10.

признания юридического лица специфическим орудием преступления, разработана процедура вынесения судом решения о наложении ареста на имущество, включая денежные средства юридических лиц, находящиеся на счетах и во вкладах или на хранении в банках и иных кредитных организациях (ст. 29 УПК РФ)³⁸.

Довольно широкое распространение получили фикции в семейном праве. Вот лишь некоторые из них: изменение даты и места рождения усыновленного ребенка (ст. 135 СК РФ); запись усыновителей в качестве родителей усыновленного ребенка (ст. 136 СК РФ); запись отца ребенка, рожденного вне брака, по фамилии матери, имени и отчества отца ребенка по ее указанию (ч. 3 ст. 51 СК РФ) и некоторые другие.

Примером конституционной фикции может послужить формулировка ч. 2 ст. 12 ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» от 10 июля 1999 года: «Избиратели, проживающие за пределами территории РФ, приписываются к одномандатным избирательным округам, образованным на территории РФ»³⁹.

Таким образом, российское законодательство в своем составе имеет целый комплекс юридических фикций.

Фикции свойственны всем правовым системам, международному праву – в том числе. На сегодняшний день в сфере международного сообщества юридические фикции играют немаловажную роль, и игнорировать их недопустимо, учитывая, что в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью правовой системы Российской Федерации. Это говорит об универсальности применения фикций в праве. Логическим продолжением использования юридической фикции на современном этапе развития права является ее применение в новых, формирующихся отраслях, таких, например, как информационное право, право деятельности в киберпространстве (виртуальное право).

Представляется, что недалеко то будущее, когда большинство правоотношений будет перенесено в информационную сферу, которая обладает специфическими способами регулирования и контроля, предполагающими введение элементов условности и принятие несуществующего положения за существующее.

³⁸ Российская газета. 2001. № 249.

³⁹ СЗ РФ. 1999. № 26. С. 3178.и