

Право

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционный совет

Дж. Айани (Туринский университет, Италия)
Ю. А. Базедов (Институт Макса Планка, Федеративная Республика Германия)
А. А. Иванов (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г. А. Гаджиев (Конституционный Суд Российской Федерации)
Т. Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
В. Д. Перевалов (Уральская государственная юридическая академия, Российская Федерация)
Ю. А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Редакционная коллегия

Н. А. Богданова (МГУ имени М. В. Ломоносова, Российская Федерация)
Н. Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
В. Б. Исаков (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
А. Н. Козырин (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г. И. Муромцев (РУДН, Российская Федерация)
М. И. Одинцова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
О. М. Олейник (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Ю. П. Орловский (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
И. В. Панова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
В. А. Сивилский (Конституционный Суд Российской Федерации)
В. А. Четвернин (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Ю. М. Юмашев (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)

Главный редактор

И. Ю. Богдановская (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)

Адрес редакции

109028 Москва,
Б. Трехсвятительский пер. 3,
офис 113
Тел.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя и распространителя

Фактический: 117418, Москва,
ул. Профсоюзная 33, к. 4
Издательский дом
Высшей школы экономики.
Почтовый: 101000,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: +7 (495) 772-95-71
e-mail: id.hse@mail.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2017

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

1/2017



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность

М.В. Мажорина

Lex mercatoria: средневековый миф или феномен глобализации? 4

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

С.Н. Швердяев

Влияние антикоррупционных институтов российской административной реформы на развитие конституционного законодательства 20

И.В. Панова

Развитие административного судопроизводства и административной юстиции в России 32

О.А. Кузнецова

Административный порядок защиты гражданских прав 42

М.И. Ловков

Об отдельных запретах и ограничениях прав работников государственных корпораций 59

О.Ю. Павловская

О месте отношений по трудоустройству в предмете российского трудового права 69

A.N. Kozyrin, T.N. Troshkina

The Law on Education of 2012 and Development of Educational Law in Russia 80

Право в современном мире

И.В. Гетьман-Павлова, А.С. Касаткина

Проблемы коллизионного регулирования брачно-семейных отношений в международном частном праве России 92

Р.С. Резник

Альтернативные способы разрешения международных споров из договоров с участием потребителя 111

А.П. Клементьев

Международные инструменты гармонизации законодательства о ликвидационном неттинге 122

Е.С. Батусова

Модели правового регулирования коллективных увольнений в зарубежных странах 132

Й. Стиеранка, О.А. Бусарова

Специфика доказывания и расследования легализации доходов, полученных преступным путем, в Словацкой Республике 144

И.В. Ирхин

Основы конституционного статуса Монсеррата как заморской территории Великобритании 166

M.G. Shilina

Interstate Economic Cooperation in Eurasia: Actual Options of Development (International Legal Aspect) 178

Дискуссионный клуб

Л.В. Терентьева

Концепция суверенитета государства в условиях глобализационных и информационно-коммуникационных процессов 187

А.А. Ефремов

Формирование концепции информационного суверенитета государства 201

К.С. Ючинсон

Большие данные и законодательство о конкуренции 216

Law

JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics



ISSUED QUARTERLY

Editorial Council

G. Ajani (University of Torino, Italy)
J. Basedow (Max-Planck Institute,
Federal Republic of Germany)
A.A. Ivanov (HSE,
Russian Federation)
G.A. Gadzhiev (Constitutional
Court of Russian Federation)
T.G. Morschakova (HSE,
Russian Federation)
V.D. Perevalov (Ural State Law
Academy, Russian Federation)
Yu.A. Tikhomirov (HSE,
Russian Federation)
T. Endicott (Oxford University,
Great Britain)

Editorial Board

N.A. Bogdanova (Moscow State
University, Russian Federation)
N.Yu. Yerpilyova (HSE,
Russian Federation)
V.B. Isakov (HSE,
Russian Federation)
A.N. Kozyrin (HSE,
Russian Federation)
G.I. Muromtsev (Russian
University of Peoples' Friendship,
Russian Federation)
M.I. Odintsova (HSE,
Russian Federation)
O.M. Oleynik (HSE,
Russian Federation)
Yu.P. Orlovsky (HSE,
Russian Federation)
I.V. Panova (HSE,
Russian Federation)
V.A. Sivitsky
(Constitutional Court
of Russian Federation)
V.A. Chetvernin (HSE,
Russian Federation)
Yu.M. Umashev (HSE,
Russian Federation)

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Trikhsviatitelsky Per.,
Moscow 109028, Russia

Tel.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Legal Thought: History and Modernity

M.V. Mazhorina

Lex mercatoria: Medieval Myth or Phenomenon of Globalization?..... 4

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

S.N. Sheverdyayev

Impact of Anti-Corruption Institutions of the Russian Administrative Reform
on the Development of Constitutional Legislation.....20

I.V. Panov

Development of Administrative Judgment Proceeding and Administrative
Justice in Russia.....32

O.A. Kuznetsova

Administrative Procedure of the Civil Rights Protection42

M.I. Lovkov

Particular Prohibitions and Restrictions of State Corporations Employees Rights.....59

O.Yu. Pavlovskaya

On Employment Relations as Part of Russian Labour Law69

A.N. Kozyrin, T.N. Troshkina

The Law on Education of 2012 and Development of Educational Law in Russia
(in English).....80

Law in the Modern World

I.V. Get'man-Pavlova, A.S. Kasatkina

Conflict of Law Regulation of Marital and Family Relations in International
Private Law in Russia 92

R.S. Reznik

Alternative Cross-Border Consumer Dispute Resolution.....111

A.P. Klementiev

International Instruments for Close-out Netting Laws Harmonization..... 122

E.S. Batusova

Models of Legal Regulation of Collective Redundancies in Foreign States..... 132

J. Stieranka, O. Busarova

Characteristics of Evidencing and Investigating Money-Laundering in Slovak Republic 144

I.V. Irkhin

Constitutional Status of Montserrat as United Kingdom Overseas Territory..... 166

M.G. Shilina

Interstate Economic Cooperation in Eurasia: Actual Options of Development
(International Legal Aspect) (in English).....178

Discussion Club

L.V. Terent'eva

Concept of Sovereignty in the Conditions of Global and Information
Communication Processes 187

A.A. Efremov

Formation of the Concept of Information Sovereignty of the State201

C.S. Hutchinson

Big Data and Legislation on Competition.....215

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

The journal is an edition of the National Research University Higher School of Economics (HSE) to broaden the involvement of the university in the dissemination of legal culture and legal education.

The objectives of the journal include:

- encouraging academic debates
- publishing materials on the most topical legal problems
- contributing to the legal education reform and developing education including the design of new educational courses
- cooperation between educational and academic departments of HSE
- involvement of young scholars and university professors in the academic activity and professional establishment
- arranging panels, conferences, symposiums and similar events

The following key issues are addressed:

legal thought (history and contemporaneity)
Russian law: reality, outlook, commentaries
law in the modern world
legal education reform
academic life

The target audience of the journal comprises university professors, post-graduates, research scholars, expert community, legal practitioners and others who are interested in modern law and its interaction with economics.

The journal is registered in **Russian Science Citation Index (RSCI) on the base of Web of Science**, Cyberleninka, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

Lex mercatoria: средневековый миф или феномен глобализации?



М.В. Мажорина

доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заместитель заведующего кафедрой, кандидат юридических наук. Адрес: 123995, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: mazhorina@inbox.ru



Аннотация

Lex mercatoria — крайне привлекательное для ученых и практиков явление современности. Однако чем больше информации о нем существует, тем меньше ясности и стройности обретает эта концепция. Lex mercatoria имеет как ярых поклонников, так и скептиков, стремящихся развеять этот «околоправовой» миф. В статье предпринята попытка сместить ракурс исследования и подойти к проблемам понимания сущности современного lex mercatoria системно: через призму исторических предпосылок формирования автономной системы норм и условий современности, озаменованных глобализационными процессами. Автору показалось интересным взглянуть на lex mercatoria в условиях современной правовой парадигмы, с учетом нынешнего правопонимания и эволюционных процессов, которые происходят в этой области. Исследуются вопросы конституирования lex mercatoria в современной системе нормативного регулирования трансграничных отношений. Бизнес-сообщество самостоятельно создает, применяет и не может не квалифицировать значительный пул неправовых норм, которыми фактически пронизана трансграничная торговля и иные сферы трансграничного общения. Современное lex mercatoria эволюционирует сообразно с изменениями, которые происходят в сфере международного коммерческого арбитража, становясь «правом для арбитража» или даже «правом арбитража». Поступательная кодификация норм lex mercatoria, будучи тенденцией его современного развития, в некотором смысле меняет природу lex mercatoria, лишая его стихийности и аутентичности. «Сверхновое lex mercatoria» («new new lex mercatoria»), переживающее по некоторым оценкам третий этап развития, все дальше отходит от исторических корней. К чему в конечном итоге приведет такое перерождение: к вырождению или к формированию глобального правового или субправового массива? Все эти изменения отражаются в правоприменительной практике. В связи с этим статье присущ и практико-ориентированный характер: анализируются наиболее поздние писанные и кодифицированные источники lex mercatoria, перспективы применения норм lex mercatoria государственными судами и международными коммерческими арбитражами.



Ключевые слова

международный контракт, негосударственное регулирование, lex mercatoria, Принципы УНИДРУА, применимое право, международный коммерческий арбитраж.

Библиографическое описание: Мажорина М.В. Lex mercatoria — средневековый миф или феномен глобализации? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 4–19.

JEL: K1; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.4.19

Исторические зарисовки: средневековое «lex mercatoria» — автономный правопорядок или миф?

В 1473 году суд по делу *Anon. v. Sheriff of London* заявил, что иностранные купцы должны быть судимы не по английскому праву, а по праву естественному, называемому некоторыми *lex mercatoria*, которое является единым для всего мира¹.

В 1999 году Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма, разрешая спор, вытекающий из договора лицензирования между компаниями из Люксембурга и Китая, при определении применимого права в отсутствие соглашения сторон счел, что к существу спора применяются общепризнанные принципы международной торговли, в частности, Принципы УНИДРУА, а субсидиарно—материальное право Швеции как нейтральное право².

Между обозначенными выше решениями — более 500 лет, но поиск «естественного», «нейтрального» права жив и обретает новое звучание. По мнению ряда исследователей, история *lex mercatoria* насчитывает 900 и более лет³. И если средневековый крестьянин искал пристанища в городе, предпочитая ярмарочные суды на основе *lex mercatoria* местному праву, то современный гражданин может найти правовую защиту в нормах международного права или нормах права свободной торговли, преодолев национальное регулирование⁴. Что это? Феномен преемственности регулятивных механизмов? Средневековое *lex mercatoria* обрело новую, более удобную с точки зрения правоприменения форму, форму неофициальных кодифицированных актов, одним из ярких примеров которых являются Принципы УНИДРУА? *Lex mercatoria* помещено умелыми маркетологами в новую упаковку, которая сделала этот продукт более «продаваемым»?

В мае 1217 года ярмарочный суд Сант-Ивза⁵ (небольшой деревни в Хантингдоншире, Англия), разрешая спор по иску купца-винодела Жерара из Кельна (*Gerard of Cologne*), обратился к *law merchant*⁶. В июле 2000 года Ассоциация американских барристеров (*American Bar Association*) заключила, что суды должны вернуться к «*law merchant*» в вопросах интернет-споров⁷.

Данные примеры, который приводятся в одной из работ С. Сакса, демонстрируют параллель между событиями, которые разделяет семь столетий. Можно только удивляться, как загадочный термин «*law merchant*» сохраняет свое значение на протяжении такого длительного времени. В 1622 г. исследователи *lex mercatoria* констатируют, что истоки его восходят к греческой античности и библейским временам, к моменту возникновения цивилизованного права, и *lex mercatoria* древнее какое-либо писаного права⁸.

¹ *Anon v. Sheriff of London (The Carrier's Case)*, YB Eas. 13 Edw. 4, fol. 9, pl. 5 in: *Exchequer Chamber Cases*, 2:32.

² SCC Case 117|1999. Separate Award. SCC Arbitration Rules / Цит. по: Зыков Р.О. *Международный арбитраж в Швеции: право и практика*. М., 2014. С. 121.

³ *Goldman D.B. Globalization and the Western Legal Tradition: Recurring Patterns of Law and Authority*. Cambridge, 2007. P. 278.

⁴ *Ibid.* P. 302.

⁵ Ярмарка в Сент-Ивзе была одним из самых оживленных мест торговли в средневековой Англии. Материалы ярмарочного суда сохранились.

⁶ *Sachs S. From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant'* // *American University International Law Review*. Vol. 21. No. 5. 2005. P. 685–811.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Malynes G. The Merchant's Almanac of 1622 or Lex Mercatoria, the Ancient Law — Merchant*. Methaglin Press, Phoenix, 1996. (1622). P. 5.

Итак, что это такое — средневековое *lex mercatoria*? Имеются ли исторические основы для построения сегодняшнего фундамента *new lex mercatoria*, стремящегося перерасти в глобальное торговое (коммерческое) или транснациональное право? И сущностный вопрос: а было ли *lex mercatoria* той самой автономной системой норм, существовавшей вне государства, а потому не нуждающейся в какой бы то ни было легитимации сегодня?

А. ди Робилан пишет, что *lex mercatoria* — средневековый порядок, основанный на легенде о средневековой фактичности, натуралистичный и спонтанный, высоко плюралистический, поразительно напоминающий нынешний рост многообразного, высоко разгосударственного и глубоко автономного массива мягкого права⁹. П. Маццакано, обращаясь к работам Г. Бермана, подмечает, что последний в манере выяснения, «что первично: курица или яйцо», утверждает, что средневековая коммерческая революция способствовала появлению коммерческого права, но и коммерческое право, в свою очередь, помогло свершиться коммерческой революции¹⁰.

«Идеализированное» мнение о *lex mercatoria* как о универсальном автономном правопорядке, способном регулировать торговые отношения, простирающиеся за пределы государственных границ, является распространенным. Такая идеологическая канва очень на пользу современной доктрине «*new lex mercatoria*», которая, как это преподносится, имеет глубокие корни и авторитет. Однако далеко не все ученые разделяют «романтизированные» представления о *lex mercatoria*.

С. Сакс, например, анализируя памятники средневековья — Купеческую хартию 1303 г.¹¹, и Статут рынка 1353 г., отказывается от ставшего почти классическим подхода к пониманию *lex mercatoria*, считая его глубоко ошибочным¹². Если вернуться к оригинальным источникам — протоколам ярмарочного суда Сент-Ивза как самому обширному из сохранившихся источников — то они показывают, что купцы в средневековой Англии были преимущественно подчинены местным законам и обычаям торговли. Последние при этом существенно различались от города к городу, от ярмарки к ярмарке и не составляли единого, консолидированного правопорядка.

Свитки и записи ярмарочного суда в сочетании с доказательствами из хартий и уставов английских городов свидетельствуют о том, что «*law merchant*», иногда встречающееся в документах Сент-Ивза, не функционировало в качестве универсального права купеческого сословия, но было обычным правом, черпало силу из торговых обычаев без какого-либо обнародования или признания государством. В Сент-Ивзе использование термина «*secundum legem mercatoriam*» не подразумевало применения определенного круга принципов торговли; скорее речь шла о применении неопределенного числа принципов, основанных на местных обычаях. Скорее, существовали разнообразные локальные практики, которые потом были собраны учеными в единую фикцию, именуемую сегодня *lex mercatoria*¹³. Да, споры разрешались на основе торговых обычаев, но

⁹ *Robilant di A.* Genealogies of Soft Law // *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54. No. 3. P. 499–554.

¹⁰ *Berman H.* The Law of International Commercial Transaction (*Lex mercatoria*) // *Emory International Law Review*. 1988. No 2. P.235.

¹¹ [Электронный ресурс]: // URL: <http://vostlit.narod.ru/Texts/Dokumenty/Engl/XIV/1300-1320/EduardI/hartija1303.htm> (дата обращения: 10.01.2017)

¹² *Sachs S.* Op. cit. P. 685–811.

¹³ *Ibid.* P. 694.

нет свидетельств, что в ярмарочных судах применялся автономный правовой порядок, признаваемый на континенте.

Наибольшая часть *lex mercatoria* представляла собой именно процедурные, нематериальные аспекты и нормы. Дошедшие до настоящего времени свидетельства подтверждают существование упрощенной процедуры разрешения споров, нежели системы единообразных материальных норм. Обычаи сильно различались в разных городах, портах, ярмарках. И суд, применяя нормы *lex mercatoria*, фактически применял местные обычаи и местную практику, а не универсальную систему норм. Обычаи иногда заимствовались и проникали в другие регионы, но зачастую с искажениями. И когда купцы просили суд судить по нормам *lex mercatoria*, это вовсе не свидетельствовало о применении автономного универсального правопорядка, а о том, что торговцы стремились разрешить дело по справедливости и на основе коммерческой практики¹⁴.

Иными словами, существует весомая научная позиция, согласно которой в средневековых ярмарочных судах складывалась похожая, но не единообразная практика, «лоскутное одеяло» (*crazy-quilt*)¹⁵: в каждой стране, да и в каждом торговом городе существовало свое *lex mercatoria*. При описании его принципов речь преимущественно шла о процедурных нормах (быстрота, справедливость, применение обычаев).

Однако почему тогда неверная или как минимум крайне спорная с точки зрения истории интерпретация *lex mercatoria* как автономного правопорядка столь преуспела и в период глобализации тезис об «идеализированном» *lex mercatoria* обрел новую жизнь?

Р. Михельс подчеркивает, что сторонники *lex mercatoria* подгоняют реальность под свои теории в то время, как существование истинно автономного *lex mercatoria* крайне неправдоподобно, и такая сомнительная его оценка обрела широкое признание¹⁶. С. Фассберг замечает, что изучающие право международной торговли, как правило, не являются историками. При этом исследования свидетельствуют не в пользу теории автономности *lex mercatoria*, квалифицируя последнее как часть местного права. Все эти доводы спорны, но, как пишет автор, наводит на размышления отсутствие заинтересованности в достоверности исследования того, что служит фундаментальной основой *lex mercatoria*¹⁷. Существование *lex mercatoria*, как и существование Бога, зависит от готовности верить¹⁸.

С. Сакс образно сравнивает историографию *lex mercatoria* с игрой в «испорченный телефон»: каждое поколение все дальше отходит в интерпретациях от исторических фактов, свидетельствующих о сущности средневекового явления. Но факт остается фактом — *lex mercatoria* не является независимым правопорядком, основанным на

¹⁴ См. о развитии торгового права: *Батрова Т.А.* Развитие торгового права в средневековой Англии и Франции // *Международное публичное и частное право.* 2011. № 5. С. 39-41.

¹⁵ *Mitchell W.* An Essay on the Early History of the Law Merchant. Cambridge, 1904. P. 10. См. также: *Мажорина М.В.* Гармонизация права международной торговли или «лоскутное одеяло» неправового регулирования трансграничной торговли / Московский юридический форум. VI Международная научно-практическая конференция «Гармонизация российской правовой системы в условиях международной интеграции». Ч. I. М., 2014. С. 161–167.

¹⁶ См.: *Michaels R.* The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1359&context=ijgls> (дата обращения: 26.01.2017)

¹⁷ См.: *Fassberg C.* Lex Mercatoria — Hoist with Its Own Petard? // *Chicago Journal of International Law.* Vol. 5. № 1 [Электронный ресурс]: // URL: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol5/iss1/7> (дата обращения: 2.02.2017)

¹⁸ *Ibid.*

естественном праве, наоборот, оно находится в сильной зависимости от английского общего права, «которое, будучи матерью купеческого права, одарило его бесспорными преимуществами»¹⁹.

В последние несколько десятков лет средневековый опыт стал основой нового политического движения, направленного на замену национального регулирования внешней торговли транснациональным правом²⁰. *Lex mercatoria*, будучи по выражению Н. Хатжимейла подобием Арлезианки, таинственной незнакомки с портретов Ван Гога и Пикассо, которую никто не видел, но о которой все говорят²¹, привлекает к себе всеобщее внимание. *Lex mercatoria* становится символом, который гарантирует специальный, отдельный, автономный режим самоорганизации внешней торговли, в то время как исторические корни этого феномена нуждаются в доказательствах и все чаще подвергаются сомнениям.

Итак, современная театральная постановка (современная интерпретация *lex mercatoria*) подменила авторское произведение (средневековое *lex mercatoria*)? И уже почти никому нет дела до истоков, до истинной природы и сущности этого средневекового института? И чем вольная интерпретация «грозит» правовому мироустройству? Все эти вопросы актуальны и сопряжены с эволюцией права, эволюцией представлений о праве, с практикой признания или отрицания социальной ценности правовых и неправовых институтов, со сменой правовой парадигмы, в частности, в регулировании трансграничных отношений.

Lex mercatoria: современный взгляд и перспектива применения

Исследуя истоки и природу средневекового *lex mercatoria*, многие ученые и практики проецируют этот средневековый инструментарий на современность. Существует целый ряд исследований места *lex mercatoria* в матрице международного частного права, относительно соотношения *lex mercatoria* с правом международной торговли, международным коммерческим правом, транснациональным правом и пр.²² В частности, в транснациональных корпорациях видят «потомков» странствующих торговцев; международный коммерческий арбитраж «произрастает» из «пыльных судов» и полужыческих жюри.

Интерпретация средневекового *lex mercatoria* в качестве автономной правовой системы, проецируемая на сегодняшние попытки обоснования глобального коммерческого или транснационального права, оказывается очень кстати. Такая интерпретация формирует исторически обоснованную модель современной политики экранирования транснациональных акторов национального права с одновременным позиционированием *lex mercatoria* в качестве замены коллизионного права. Отдаляясь все дальше от документальных свидетельств и доказательств, доктрина *lex mercatoria* начинает ды-

¹⁹ *Sachs S.E.* Op. cit. P. 769.

²⁰ *Ibid.* P. 808.

²¹ *Hatzimihail N.* Many Lives — and Faces — of *Lex mercatoria*: History as Genealogy in International Business Law [Электронный ресурс]: // URL: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1484&context=lcp> (дата обращения: 27.01.2017)

²² См. об этом: *Мажорина М.В.* Право международной торговли и *Lex mercatoria* // Российский юридический журнал. 2010. № 1. С. 33–41.

шать даже в разреженном кибер-пространстве²³, закладываясь в качестве основы создания нового правового порядка — «киберправа» («виртуального права») без участия суверенных государств, реализуемого через частные «виртуальные арбитражи»²⁴. Адепты «new law merchant», как отмечает А. Лоунфельд, с нетерпением ждут, когда арбитры смогут разрешать дела на основе обычаев торговли, ослабляющих национальное регулирование как «неподходящее для международной торговли»²⁵.

Современные юристы видят в средневековом *lex mercatoria* то, что им хочется видеть — модель правовой гармонизации или даже унификации, которая распространяется за пределы государственных границ и государственного управления. Количество современных источников *lex mercatoria* поражает воображение. *Lex mercatoria* стремится конституировать себя в качестве автономного правового порядка.

При этом, как образно выражается Г. Тойбнер, в научных кругах идет жестокая «война за веру»: французские профессора утверждают, что хорошо организованная и сплоченная ассоциация торговцев-предпринимателей является «законодателем» современного *lex mercatoria*, в то время как их британские и американские коллеги с холодным презрением объявляют это коммерческое масонство «фантомом Сорбоннской профессуры»²⁶. Х. Коллинз называет *lex mercatoria* концепцией-хамелеоном²⁷.

В немецкой доктрине *lex mercatoria* отождествляется с негосударственными актами (кодексами) коммерческого права или так называемыми «мягкими кодификациями», примером которых выступают Принципы УНИДРУА. Французская юридическая школа связывает *lex mercatoria* с транснациональными принципами и нормами, разработанными в ходе разрешения споров в международном коммерческом арбитраже. Эти принципы нейтральны и служат цели достижения справедливости при разрешении международных коммерческих споров.

Наконец, в странах «общего права» преобладает концепция, видящая истоки *lex mercatoria* в обычаях, обыкновениях, практике, сформировавшейся в отдельных областях торговли и находящей выражение в стандартизированных контрактах. Примером в финансовой сфере служит ISDA Master Agreement. При этом критики всех концепций фактически едины в одном — *lex mercatoria* отличается от национального права. Такая критика верна, но бесполезна ввиду очевидности самого аргумента²⁸.

В правоприменительной плоскости суды и арбитражи также не могут уклониться от анализа вопроса о том, надлежит ли им обращаться к источникам *lex mercatoria* для разрешения споров по существу. Если практика международных коммерческих арби-

²³ *Sachs S.* Op. cit. P. 809.

²⁴ *Hardy T.* The Proper Legal Regime for «Cyberspace» [Электронный ресурс]: // URL: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1536&context=facpubs> (дата обращения: 17.12.2016)

²⁵ *Lowenfeld A.* *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View* [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.translex.org/126000/pdf/> (дата обращения: 17.12.2016)

²⁶ *Teubner G.* *Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of lex mercatoria* [Электронный ресурс]: // URL: http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852780/frames_eng.pdf (дата обращения: 15.12.2016)

²⁷ *Collins H.* *Flipping Wreck: Lex Mercatoria on the Shoals of Ius Cogens // Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research.* Oxford, 2015 [Электронный ресурс]: // URL: https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwipq56PioHRAhVD2SwKHeWfDEAQFggsMAM&url=https%3A%2F%2Fwww.lse.ac.uk%2Fcollections%2Fflaw%2Fprojects%2Ftlp%2FCollins%2520flips%2520conference%2520paper.doc&usg=AFQjCNGEJoUf0Q_icl81qfyEbWxitrKP2g&bvm=bv.142059868,d.bGg (дата обращения: 19.12.2016)

²⁸ *Ibid.*

тражей очень лояльна к подобным нормам негосударственного регулирования, то для государственных судов поставленный вопрос пока вызывает сомнения. Примечательно, что вопрос правовой природы *lex mercatoria* — суть тот несчастный случай, когда юридическая практика напрямую коррелирует с правовой теорией. Признание в правовой теории *lex mercatoria* в качестве применимого права позволяет, используя арсенал коллизионных норм, применять нормы *lex mercatoria* для разрешения споров.

Однако и в теории права вопрос о правовой природе *lex mercatoria* — отнюдь не простой. В одной из статей Г. Тойбнер моделирует мучения и метания судьи в попытках провести четкую линию между правом и неправом, ответив на вопрос о природе *lex mercatoria*²⁹. С точки зрения традиционной теории права *lex mercatoria* как система норм негосударственного происхождения, бесспорно, не может быть квалифицирована как массив правовых норм. Но глобализация ломает старые устои. *Lex mercatoria* уже не является уникальным примером глобального права, созданного без участия государства. Другие примеры можно усмотреть в деятельности ТНК, профсоюзов, в мире спорта, телекоммуникаций, в области экологии и пр. Внеациональная природа этих сфер не позволяет их нормативным регуляторам укорениться в национальном правопорядке. А когда прежний иерархический порядок рушится, то новый порядок может быть только разнородным. И в этом новом «правоустройстве», как пишет Г. Тойбнер, *lex mercatoria* стоит рассматривать в качестве позитивного права³⁰. Возможность применения норм *lex mercatoria* усматривается автором в потенциале коллизионных норм, отсылающем к национальному праву.

Заимствовав термин из биологии и применив его к праву, Г. Тойбнер называет *lex mercatoria* автопойетичным³¹ или «самопорождаемым». Автопойетизм — свойство процесса или системы, которая, подобно организму, продуцирует собственную организацию, поддерживает, обслуживает и конституирует себя в пространстве. Под автопойетизмом автор имеет в виду тип автономного организма. Таким образом, *lex mercatoria* в понимании Г. Тойбнера — это не столько совокупность норм материального права, сколько процесс самоорганизации и самовоспроизводства. Как это ни парадоксально, но *lex mercatoria* в этом случае и автономный, и неавтономный правопорядок³². П. Маццакано³³ доказывает, что *lex mercatoria* — суть автономный глобальный правопорядок, который является одновременно негосударственным правом и правом, производным от государства (*state-based law*). Он не создается ни в государстве, ни исключительно в коммерции. Не хочу сказать, отмечает автор, что *lex mercatoria* находится в зоне между фактом и вымыслом. Но оно является в каком-то смысле самопорождающим и самопорождающимся³⁴.

Анализируя различные процессы: доктринального осмысления *lex mercatoria*, формирования устойчивой практики международных коммерческих арбитражей, активной неофициальной кодификации норм *lex mercatoria* и, что особенно примечательно сегодня, формализации оснований применения норм *lex mercatoria* в источниках негосудар-

²⁹ Teubner G. Op. cit.

³⁰ Ibid.

³¹ Teubner G. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society / Global Law Without a State*. Aldershot, 1997. P. 3.

³² Mazzacano P. *Lex Mercatoria as Autonomous Law // Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper No. 29/2008 [Электронный ресурс]: // URL: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/190> (дата обращения: 07.10.2016)

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

ственного регулирования, можно утверждать, что автономное глобальное контрактное право уже существует. По крайней мере делается все, чтобы такое видение мира трансграничной торговли сложилось. Делается кем? Видимо, «заказчиками» и одновременно «создателями» этого мира, финансовыми и производственными бизнес-элитами, не согласными действовать по нормам национального права и обеспечиваемого национальными системами отправления правосудия.

Иными словами, автономный контракт, оснащенный механизмом восполнения его пробелов без обращения к нормам национального права, — автономный порядок разрешения споров в форме международного коммерческого арбитража — государственная система принудительного исполнения арбитражного решения на основе норм Нью-Йоркской конвенции (1958). «*Частное нормотворчество*» плюс «*частная юстиция*» на фоне доктринального обоснования правового плюрализма и осовременивания средневекового *lex mercatoria*.

Современное *lex mercatoria* все больше походит на систему государственного права. Международный арбитраж легализован; аморфный принцип справедливости пасует перед детально прописанными нормами; различные агентства-разработчики норм негосударственного регулирования питают все больший интерес к материальным нормам; Принципы УНИДРУА преподносятся как кодификация норм *lex mercatoria*. Арбитры — больше не купцы, но все чаще решения экспертов в сфере международного коммерческого права приобретают прецедентный характер. Другими словами, современное *lex mercatoria* выглядит в точности как право, только лучше³⁵.

Чтобы суды и арбитражи не задавались вопросами, что же служит основанием для применения норм *lex mercatoria*, в последнее время появилось несколько документов, содержащих ответы: «Гаагские принципы выбора права, применимого к международным коммерческим контрактам» (далее — «Гаагские принципы»)³⁶, «Внеа национальные нормы как применимое право в международных коммерческих контрактах, инкорпорирующих типовые контракты МТП» (далее — Документ ICC)³⁷. Названные документы беспрецедентны и разработаны, как отмечается в них или в комментариях к ним, в развитие «нейтральных правовых стандартов» международных контрактов³⁸.

Одним из «новаторских решений», как отмечается в Комментарии к Гаагским принципам, является ст. 3, содержащая квалификацию термина «право, избранное сторонами»³⁹. Таким правом могут быть нормы права, которые являются общепризнанными на международном, наднациональном или региональном уровнях как нейтральный и сбалансированный свод правил, если иное не предусмотрено законом страны

³⁵ *Michaels R.* Op. cit.

³⁶ Документ разработан Гаагской конференцией по международному частному праву [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.hcch.net> (дата обращения: 20.12.2016)

³⁷ Разработан Международной торговой палатой (МТП) [Электронный ресурс]: // URL: <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing%20neutral%20legal%20standards%20for%20Intl%20contracts.pdf> (дата обращения: 15.01.2017)

³⁸ [Электронный ресурс]: // URL: <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing%20neutral%20legal%20standards%20for%20Intl%20contracts.pdf> (дата обращения: 15.01.2017)

³⁹ См. об этом: *Зыкин И.С.* Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам [Электронный ресурс]: // URL: <http://agp.ru/upload/iblock/8c0/8c09b4c8f907f79c091a0a279522da07.pdf> (дата обращения: 27.09.2016); *Мажорина М.В.* Новые «Гаагские принципы» о выборе права, применимого к международным коммерческим контрактам, или еще раз об автономии воли сторон в свете глобальных изменений в праве международной торговли // Журнал правовых и экономических исследований. № 1. 2015. С 41–45.

суда. В Комментарий подчеркивается, что термин «нормы права» используется с тем, чтобы обозначить нормы, которые не исходят из государственных источников права⁴⁰.

Как отмечает М.П. Бардина, понятие «нормы права» (*rules of law*) в международном арбитраже означает не только нормы, сформулированные законодателем и включенные в правовую систему государства, обязательные для применения субъектами, которым они адресованы, но и нормы негосударственного характера, в частности, Принципы УНИДРУА (ред. 2010)⁴¹. Тем самым ввиду появления ряда документов, содержащих неформальные правила и претендующих или могущих претендовать в будущем на регулирование международных коммерческих договоров, в «Гаагских принципах» сделана попытка сформулировать критерии, при соблюдении которых подобные документы могут быть возведены в ранг применимого права⁴².

Примеры, приведенные в Комментарий к ст. 3 «Гаагских принципов», демонстрируют общий подход к складывающейся концепции автономии воли сторон в новом прочтении: национальное право выступает в качестве субсидиарного статута по отношению к актам международного, наднационального, регионального характера.

Значение документа МТП и его «революционность» заключаются в том, что он позволяет сторонам выбрать вненациональные нормы в качестве применимого права (*applicable law*) во избежание выбора «моего права» или «вашего права». В «Гаагских принципах», как было отмечено, дается расширительное толкование «применимого права», а документ Палаты прямо провозглашает вненациональные нормы применимым правом. Как замечает Н.Г. Вилкова, «это первая в истории МТП попытка предложить сторонам международных коммерческих контрактов новые подходы к определению применимого права: стороны могут подчинить свои договоры общим правилам и принципам, в отношении которых существует широкий международный консенсус»⁴³.

Документ МТП построен на «революционном» подходе, предполагающем существование автономной правовой системы (*lex mercatoria*), способной регулировать международные контракты вместо норм внутреннего законодательства, а также предлагать индивидуально «скроенные» решения⁴⁴. При этом «революционный» подход МТП позиционируется как новая ступень на пути применения транснациональных норм.

Принципиально важно, что в документе МТП отмечается: тот факт, что национальные государственные суды в большинстве своем не признают *lex mercatoria* в качестве применимого права, не препятствует признанию и приведению в исполнение иностранных решений, вынесенных на основе норм *lex mercatoria*⁴⁵. В связи с этим небезынтерес-

⁴⁰ [Электронный ресурс]: // URL: http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev_en.pdf (дата обращения: 16.11.2014)

⁴¹ Бардина М.П. Выбор сторонами применимых «норм права» при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем / Международные отношения и право: взгляд в XXI век. СПб., 2009. С. 340–355.

⁴² Зыкин И.С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам / Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота / под ред. А.С. Комарова. М., 2016. С. 83.

⁴³ Вилкова Н.Г. От глобального контрактного права к глобальному применимому праву / Там же. С. 47.

⁴⁴ [Электронный ресурс]: // URL: <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing%20neutral%20legal%20standards%20for%20Intl%20contracts.pdf> (дата обращения: 15.01.2017)

⁴⁵ Tribunal de Grande Instance of Paris, 4 March 1981, Norsolor v. Pabalk Tikaret, in: Rev. arb., 1983, p. 469; Cass. (France), 9 December 1981, S.N.C.T. Fougerolle v. Banque du Proche Orient S.A.I., in: Rev. arb., 1982, p. 183.

на трактовка современного *lex mercatoria* в качестве «прецедентного права» арбитров коммерческих арбитражей⁴⁶.

Вот, собственно, и все: круг замкнулся: нормы негосударственного регулирования избылиуют, квази-юридические основания для их применения есть, механизм их применения международными коммерческими арбитражами действует, и все это обеспечено силой государственного принуждения — механизмом признания и исполнения иностранных арбитражных решений⁴⁷! Это невероятно, особенно с точки зрения доминанты позитивистской правовой парадигмы.

Современное *lex mercatoria* переживает, по некоторым наблюдениям, третью стадию своего развития. Так, по образному выражению Б. Голдмана, *lex mercatoria* подобна почтенной старой леди, которая уже дважды исчезала с лица земли и дважды была реанимирована⁴⁸. Современная третья реинкарнация *lex mercatoria* описывается как «новое-новое *lex mercatoria*» или «сверхновое *lex mercatoria*» («new new *lex mercatoria*»)⁴⁹, которое движется от аморфного и подвижного мягкого права к конституируемой системе правовых норм, узаконенной международным коммерческим арбитражем как просудебной институцией⁵⁰. Принципиальным признаком этой третьей исторической стадии развития *lex mercatoria* выступает активная целенаправленная кодификация норм негосударственного регулирования в форме различного рода обновляемых сводов принципов и норм.

Некоторые кодифицированные источники норм негосударственного регулирования обрели настолько весомое значение в отдельных сферах трансграничной торговли, что вся практика таких отношений полностью выстроена на их основе. Г.З. Мансуров отмечает, что в сфере расчетных отношений, в том числе международных, межбанковский документооборот базируется именно на Унифицированных правилах и обычаях для документарных аккредитивов и подобных актах. Таким образом, факт, что акты *lex mercatoria*, в том числе акты МТП в сфере расчетных отношений представляют новое явление, мало изученное современной теорией права. Их специфика заключается в том, что, фактически являясь обычаями международного торгового оборота и/или рекомендациями МТП, они имеют признаки императивных норм при регулировании международных расчетных сделок⁵¹. Об этом пишет и Х. Коллинз в статье «Разбирая останки ко-

Cass. (France) 22 October 1991, *Compañía Valenciana de Cementos Portland v. Primary Coal Inc.*, in: *Rev. Arb.* 1990, p. 663; Court of Appeal (England), 24 March 1987, *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH c. Ras Al Khaimah National Oil*, in: *Yearbook*, XIII-1988, p. 522; US District Court, S.D. California, 7 December 1998, *Ministry of Defense of Iran v. Cubic Defense Systems*, in: *Uniform Law Review*, 1999, P. 799.

⁴⁶ Цит. по: *Michaels R.* The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism // *Wayne Law Review*. 2005. Vol.51. P. 1220.

⁴⁷ См. об этом: *Мажорина М.В.* Применимое право к международным коммерческим контрактам: современное толкование и прогнозируемая практика международных коммерческих арбитражей и национальных судов // *Законодательство*. № 6. 2015. С. 79–87.

⁴⁸ *Goldman B.* *Lex Mercatoria* // *Forum Internationale*. November 1983. P. 3.

⁴⁹ Выделяют три этапа развития *lex mercatoria*: 1) средневековой *lex mercatoria*; 2) new *lex mercatoria*; 3) new new *lex mercatoria*. См. об этом: *Michaels R.* The True *Lex Mercatoria*: Law Beyond the State [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1359&context=ijgls> (дата обращения: 26.01.2017)

⁵⁰ *Fortier Y.* The New, New *Lex Mercatoria*, or Back to the Future // 17 *Arb.Int'l* 121. 2001.

⁵¹ См. подробнее: *Мансуров Г.З.* Нормы *lex mercatoria* в системе регуляторов международных расчетных сделок / Проблемы и перспективы развития российской экономики: материалы II Всероссийской научно-практической конференции. Екатеринбург, 2009. С. 56–64.

раблекрушения: *Lex mercatoria* на мели *Jus Cogens*»⁵². Так, например, финансовые рынки регулируются по большей части нормами, разработанными самими участниками таких рынков. Такое частное нормотворчество можно обнаружить в разных областях: в сфере биржевой торговли финансовыми продуктами, акциями, сырьевыми фьючерсами; в решениях арбитров коммерческих арбитражей; в условиях типовых контрактов и пр. При этом очевидная опасность, создаваемая разрастанием дифференцируемого массива источников «глобального права», в том, что правовой плюрализм расширяет понимание права вне всяких мыслимых границ, выхолащивая значение закона и всякую ссылку на закон при регулировании спорных отношений⁵³.

В таких условиях в ходе правоприменения неминуемо встают вопросы: как нормы *lex mercatoria*, претендующие на квази-правовую природу, соотносятся с применимым национальным правом? Можно ли их квалифицировать не в качестве контрактного условия, но как авторитетный свод принципов и норм? Должен ли судья чувствовать себя обязанным применять нормы *lex mercatoria*?

Х. Коллинз исходит из того, что если нормы негосударственного регулирования или их своды признаются в качестве авторитетного источника, они начинают взаимодействовать с национальным правом. И тогда «мягкое право» заставляет «жесткое право» реагировать: путем инкорпорации, рецепции соответствующих норм мягкого права, отторжения их или использования для толкования права. При этом, как отмечается автором далее, нормы негосударственного регулирования могут быть судами квалифицированы исключительно как контрактные условия, но даже не как некий «статут» или свод норм, призванный регулировать определенный сектор экономики⁵⁴.

Позиция судов в отношении норм *lex mercatoria* может быть определена, по выражению Р. Михельса, как почтительное уважение⁵⁵: судьи признают важность института автономии воли субъектов в регулировании их отношений, но правила и нормы, создаваемые последними, расценивают как обычаи или намерения, а не вненациональный правовой порядок.

Lex mercatoria в некотором смысле являет собой систему частным образом созданных транснациональных норм с квази-правовым эффектом. Особенностью и одновременно недостатком таких норм является их нацеленность на достижение или обеспечение частного интереса при практическом игнорировании внешних факторов и общих интересов. *Lex mercatoria*, будучи очень «частным», не пользуется защитой в суде, так как лишено государственно-общественного ядра. Мы должны принять вердикт, пишет Х. Коллинз, суть которого в том, что транснациональное право отключено от процессов, касающихся общества в целом, от процессов, которые нацелены на достижение «общего блага», достижение социальной справедливости. А потому можно спрогнозировать, что суды, выражая уважение к *lex mercatoria*, будут, тем не менее, отдавать беспспорное предпочтение императивным нормам национального права⁵⁶.

Все эти и подобные тому размышления, по большей части зарубежных авторов, наглядно демонстрируют попытку вживить *lex mercatoria* в ткань нормативной системы регулирования трансграничных отношений, определив природу и место *lex mercatoria* в эволюционирующем регулятивном механизме.

⁵² *Collins H.* Op. cit.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Michaels R.* The Re-State-Ment of Non-State Law... P. 1209–1259, 1233.

⁵⁶ *Collins H.* Op. cit.

Некоторые выводы. Постановка новых вопросов

Что, собственно, происходит?

Есть Венская конвенция 1980 г., совершенно беспрецедентный акт, в котором на 17 мая 2016 г. участвовало 85 государств. Есть иные международные договоры. Есть национальное право государств. И тут вдруг появляются «Гаагские принципы», акты ИСС, регламенты международных коммерческих арбитражей, претендующие на расширительное толкование понятия «нормы права» для целей квалификации термина «право, избранное сторонами» к международному коммерческому контракту, осуществляется переход от «права» к «лучшим практикам»⁵⁷. Международно-ориентированные (американские, английские) юридические фирмы усиливают воздействие на процессы стандартизации: они создают контракты нового образца, которые становятся стандартами и влияют на создание иных норм. Адвокатские объединения и арбитражи поддерживают эти процессы. Таким образом, спонтанное *case-by-case* нормообразование частных лиц «снизу» нивелирует значение государства как монополиста в области правотворчества.

Активным субъектом нормотворчества становится международное бизнес-сообщество, его наиболее деятельная, высоко профессиональная часть: эксперты, бизнес-элиты, арбитры, члены торгово-промышленных палат, профессиональных сообществ, ученые⁵⁸. В иностранной литературе все громче звучит мысль о денационализации или «разгосударствлении» права, связанном с ростом числа акторов, создающих «снизу» в отдельных областях собственные нормы, консолидирующие «достижения практики международного оборота»⁵⁹. Современное право под воздействием глобализации⁶⁰, технического прогресса серьезным образом эволюционирует, становится транснациональным⁶¹ и «автономным»⁶². Сращивание по функциональным направлениям правового, экономического, ценностного аналогов глобализации приводит к появлению уникальных, неизвестных прошлым общественным практикам социальным феноменам, таким, как «Интернет-право», «право Макдональдса»⁶³ и т.д.

Трансграничная торговля, будучи авангардом общественных отношений, наиболее иллюстративным срезом последних, отражает процессы, которые с той или иной сте-

⁵⁷ *Di Matteo L., Ostas D. Comparative Efficiency in International Sales Law // American University International Law Review. 2011. Vol. 26. Issue 2. P. 421–431.*

⁵⁸ См. об этом: *Stone-Sweet A. The New Lex Mercatoria and Transnational Governance // Journal of European Public Policy. August 2006. P. 627–646.*

⁵⁹ *Мучак Р.И. Саморегулирование делового оборота участниками международных контрактов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 3.*

⁶⁰ О влиянии глобализации на право см.: *Захарова М.В. Влияние глобализации на юридическую карту мира // Lex Russica 2011, № 3. С. 417–444.*

⁶¹ Транснационализация права исследуется в зарубежной литературе зачастую параллельно с таким явлением как «разгосударствление права», которое происходит на фоне размывания границ государств как основных правовых акторов. См: *Freeman J., Minow M. Introduction to Government by Contract: Outsourcing and American Democracy /, 2009.*

⁶² Автономность здесь понимается как все меньшая зависимость от государственного воздействия, от государственного механизма, обеспечивающего соблюдение норм права. Это обусловлено множеством причин, одной из которых является развитие, интернет-среды. В правовом поле появляются инструменты, которые трудно назвать правовыми. Примером служат т.н. смарт-контракты (*smart contracts*).

⁶³ «Право Макдональдса» — стандартизированные правовые конструкции, выработанные транснациональными корпорациями. См. об этом: *Захарова М.В. Указ. соч. С. 429.*

пенью достоверности и вероятности позволительно экстраполировать на остальные общественные отношения. Я. Рамберг практически низводит роль права в торговле к минимуму, отмечая, что «в сфере торгового права право не является обязательным и преимущественно выполняет функцию заполнения пробелов, по крайней мере, некоторые из принципов права выступают в качестве подходящих норм, от которых не стоит с легкостью отказываться»⁶⁴.

Все чаще появляются работы с красноречивыми названиями: «Является ли международный коммерческий арбитраж автономной правовой системой?»⁶⁵, «От глобального контрактного права к глобальному применимому праву»⁶⁶, наименование и содержание которых с очевидностью демонстрирует формирующиеся тенденции в области трансграничной торговли и международного коммерческого арбитража.

Современное автономное позиционирование *lex mercatoria* и международного коммерческого арбитража — суть взаимосвязанные вещи. Сегодня фактически существуют две параллельные реальности, в которых формируются разные каноны правопонимания и правоприменения. Это: 1) национальный суд и применимое право государства (на основе коллизионных норм); 2) международный коммерческий арбитраж и *lex mercatoria* (с расширительным толкованием термина «нормы права» и принципом автономии воли арбитров).

Думается, что автономность арбитража — это все еще мечта, преградой на пути которой выступает государственная система исполнения решений международного коммерческого арбитража. Арбитраж все еще не только связан с государством, но зависим от него, а потому не способен в своих решения «оторваться» от национального права и «парить» в пространстве *lex mercatoria*. На практике хозяйствующие субъекты в значительно большей степени полагаются на государство и его институты⁶⁷.

Насколько уместно квалифицировать *lex mercatoria* по канонам права? Настолько же, насколько допустимо сравнивать международный коммерческий арбитраж с национальным судом. Это суть разные вещи. Они существуют в некотором смысле в разных реальностях.

Связующим звеном между судом и арбитражем выступает Нью-Йоркская конвенция 1958 г., которая запускает механизм исполнения в государственно-правовом поле решения, вынесенного в частной юрисдикции на одном лишь основании — в связи с наличием в контракте арбитражной оговорки, легитимность которой установлена государством. Таким образом, в национальном праве заложены механизмы признания этой квази-судебной процедуры. Лишись арбитраж Нью-Йоркской конвенции и соответствующей процессуальной «поддержки» национального права, он очень быстро канет в Лету. Потому его автономность — некоторая фикция.

⁶⁴ Рамберг Я. Международные коммерческие транзакции. М., 2011.

⁶⁵ Chaghooshi F.S. Is International Commercial Arbitration an Autonomous Legal System? Unpublished thesis. June 2013. Faculty of Law, McGill University, Montreal.

⁶⁶ Вилкова Н.Г. Указ. соч. С. 43–54.

⁶⁷ Например, британские перестраховщики, по некоторым сведениям, предпочитают суды арбитражам. См.: Stammel C. Back to Courtroom? Developments in the London Reinsurance Market / Emerging Legal Certainty: Empirical Studies in the Globalization of Law. Aldershot, 1998. P. 347, 374-379. В свою очередь японские рыбаки также обращаются в государственный суд, а не в частный арбитраж. См.: Feldman E. The Tuna Court: Law and Norms in the World's Premier Fish Market [Электронный ресурс]: // URL: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1267&context=californialawreview> (дата обращения: 25.01.2017)

То же самое и с *lex mercatoria*: мы же не «натягиваем» на международный коммерческий арбитраж судебскую мантию, тогда зачем на *lex mercatoria* набрасывать правовые покровы? Арбитраж — не суд, и *lex mercatoria* — не право. Автономность последнего сродни автономности контракта. Контрактом создается особый режим регулирования отношений в силу принципа автономии воли сторон, свободы договора. Так и применение норм *lex mercatoria* — это проявление автономии воли сторон, которая ограничивается оговоркой о публичном порядке и сверхимперативными нормами национального права. И если юридическая сила норм права зиждется на их производности от государства, то применимость норм *lex mercatoria* зависит от воли самих сторон контракта, хозяйствующих субъектов.

Автономность современного *lex mercatoria* в его стремительно кодифицируемом состоянии также сомнительна в силу содержательной составляющей писаных источников *lex mercatoria* — обновляемых сводов принципов, норм и правил международной торговли. Все эти нормы родом из национальных правовых систем, они не уникальны, они — компромисс, усредненная модель регулирования частноправовых отношений, результат компаративистских усилий различных международных организаций, ассоциаций, торгово-промышленных палат и иных субъектов международного бизнес-общества.

Таким образом, *lex mercatoria* сегодня менее автономно, чем когда-либо ранее. С той быстротой, с какой его нормы кодифицируются, *lex mercatoria* утрачивает прежние преимущества, органичность и аутентичность. Оно перерождается из стихийно формируемой «снизу» системы норм, обычаев, практик в искусственно синтезированный и подаваемый «сверху» продукт, претендующий на статус альтернативы праву. «Сложившуюся практику», обычаи торговли сменяют «лучшие практики» и сборники толкования обычаев. Происходит сдвиг от того, «как поступаем» в сторону того, «как должно поступать». Возможно, таков новый виток развития *lex mercatoria*, или шаг к его закату⁶⁸.



Библиография

Бардина М.П. Выбор сторонами применимых «норм права» при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем / Международные отношения и право: взгляд в XXI век: материалы конференции в честь профессора Л.Н. Галенской. СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2009. С. 340–355.

Бардина М.П. Основания применения Принципов УНИДРУА при разрешении международных коммерческих споров по существу спора / Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: сборник статей / под общ. ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2016. С. 6–19.

Вилкова Н.Г. От глобального контрактного права к глобальному применимому праву // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: сборник статей / под ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2016. С. 43–55.

Захарова М.В. Влияние глобализации на юридическую карту мира // *Lex Russica*. 2011. № 3. С. 417–444.

Зыкин И.С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам / Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сборник статей / под общ. ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2016. С. 73–94.

Fassberg C. *Lex mercatoria—Hoist with Its Own Petard?* // *Chicago Journal of International Law*. Vol. 5. No. 1. Available at: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol5/iss1/7> (дата обращения: 2.02.2017)

⁶⁸ See: Fassberg C. Op. cit.

Hatzimihail N. Many Lives — and Faces — of *LEX MERCATORIA*: History as Genealogy in International Business Law. Available at: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1484&context=lcpr> (дата обращения: 27.01.2017)

Mazzacano P. The Lex Mercatoria as Autonomous Law. Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 29/2008. Available at: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/190> (дата обращения: 07.10.2016)

Michaels R. The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism // *Wayne Law Review*, 2005, vol. 5, pp. 1209-1259.

Michaels R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1359&context=ijgls> (дата обращения: 26.01.2017)

Sachs S.(2005) From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant' // *American University International Law Review*, vol. 21, no 5, pp. 685–811.

Robilant Di A. Genealogies of Soft Law // *American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54, no 3, pp. 499–554.

Teubner G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society / *Global Law Without a State*. G.Teubner, ed. Aldershot, 1997. P. 3–31.

Teubner G. Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of *lex mercatoria*. Available at: http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852780/frames_eng.pdf (дата обращения: 15.12.2016)

Lex mercatoria: Medieval Myth or Phenomenon of Globalization?



Mariya V. Mazhorina

Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya–Kudrinskaya Str., Moscow 125593, Russian Federation. Email: mazhorina@inbox.ru



Abstract

Lex mercatoria is a phenomenon magnetically attractive for contemporary scholars and practitioners. However, the more information about it exists or appears, less clarity and harmony the concept acquires. *Lex mercatoria* has both its ardent followers and skeptics seeking to debunk this sublegal myth. The article attempts to shift the perspective and approach of the study to the problems of understanding the essence of the modern *lex mercatoria* in a systematic manner through the prism of the historical prerequisites for the formation of a certain autonomous system of norms and conditions of modern times, marked by globalization processes. The author found it interesting to look at *lex mercatoria* in contemporary legal paradigm, considering the current understanding of those evolutionary processes that occur in this area. The article examines the issues of institutionalization of *lex mercatoria* in the modern system of normative regulation of cross-border relations. The business community generates, uses and should qualify the significant pool of non-legal norms that, in fact, are riddled with cross-border trade and other areas of cross-border communication. Modern *lex mercatoria* is changing along with international commercial arbitration becoming the *law to arbitration* or the *law of arbitration*. The progressive codification of *lex mercatoria*, that being a trend this stage of its development, in a sense changes the nature of *lex mercatoria*, depriving it of the spontaneity and authenticity. “Super-new *lex mercatoria*” experiencing, according to some views, its third stage of development, steadily moves away from its historical roots. To what will eventually lead such a rebirth: the degeneration or the formation of a global legal or sub-legal bulk? All these changes are reflected in law enforcement practice. In this regard, the article is of practice-oriented nature: most recent analyses of written and codified sources of *lex mercatoria*, prospects of application of norms of *lex mercatoria* by state courts and international commercial arbitrations.



Keywords

international contract, non-state regulation, lex mercatoria, UNIDROIT Principles, applicable law, international commercial arbitration.

Citation: Majorina M.V. (2017) *Lex mercatoria: Medieval Myth or Phenomenon of Globalization?* *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 4–19 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.4.19



References

- Bardina M.P. (2009) Vybory storonami primenimykh «norm prava» pri rassmotrenii spora mezhdunarodnykh kommercheskim arbitrazhem. *Mezhdunarodnye otnosheniya i pravo: vzglyad v XXI vek: materialy konferentsii*. Saint Petersburg.: Izdatel'skiy dom Sankt-Peterburgskogo universiteta, pp. 340–355.
- Bardina M.P. (2016) Osnovaniya primeneniya Printsipov UNIDRUA pri razreshenii mezhdunarodnykh kommercheskikh sporov po sushchestvu spora. *Aktual'nye pravovye aspekty sovremennoy praktiki mezhdunarodnogo kommercheskogo oborota*. A.S. Komarov (ed.). Moscow: Statut, pp. 6–19.
- Fassberg C. (2004) Lex Mercatoria—Hoist with Its Own Petard? *Chicago Journal of International Law*. Vol. 5. No.1 Available at: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol5/iss1/7> (accessed: 2.02. 2017).
- Hatzimichail N. (2008) The Many Lives — and Faces — of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law. Available at: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1484&context=icp> (accessed: 27.01. 2017)
- Mazzacano P. (2008) The Lex Mercatoria as Autonomous Law. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper no. 29. Available at: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/190> (accessed: 07.10. 2016)
- Michaels R. (2005) The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism. *Wayne Law Review*, vol. 51, pp. 1209-1259.
- Michaels R. (2007) The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1359&context=ijgls> (accessed: 26.01.2017)
- Ramberg Ya. (2011) *Miezhdunarodnye kommercheskie transaktsii*. Moscow: Statut, 229 p. (in Russian)
- Robilant di A. (2006) Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, no 3, pp. 499–554.
- Sachs S. (2005) From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant'. *American University International Law Review*, vol. 21, no 5, pp. 685–811.
- Teubner G. (1997) Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society / G. Teubner (ed.). *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth, pp. 3–31.
- Teubner G. (1997) Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of lex mercatoria. Available at: http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852780/frames_eng.pdf (accessed: 15.12.2016)
- Vilkova N.G. (2016) Ot global'nogo kontrakt'nogo prava k global'nomu primenimomu pravu. *Aktual'nye pravovye aspekty sovremennoy praktiki mezhdunarodnogo kommercheskogo oborota*. A.S. Komarov (ed.). Moscow: Statut, pp. 43–55.
- Zakharova M.V. (2011) Vliyaniye globalizatsii na yuridicheskuyu kartu mira. *Lex Russica*, no 3, pp. 417–444.
- Zykin I.S. (2016) Gaagskie printsipy o vybere primenimogo prava k mezhdunarodnykh kommercheskim dogovoram. *Aktual'nye pravovye aspekty sovremennoy praktiki mezhdunarodnogo kommercheskogo oborota*. A.S. Komarov, ed. Moscow: Statut, pp. 73–94.

Влияние антикоррупционных институтов российской административной реформы на развитие конституционного законодательства



С.Н. Шевердяев

доцент кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, директор научно-образовательного центра конституционализма и местного самоуправления юридического факультета МГУ, кандидат юридических наук. Адрес: 119991, Российская Федерация, ГСП-1, Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13. E-mail: snshev@gmail.com



Аннотация

В статье выделены основные направления влияния на российское конституционное законодательство антикоррупционных институтов и явлений, происходящих из других областей знания и политико-правовой активности, которую конституционное право обычно не контролирует. Прежде всего современное конституционное право испытывает воздействие общемировой политической теории. За последние десятилетия она накопила такой убедительный научный потенциал понимания коррупционных процессов, что его игнорирование наносит ущерб конституционно-правовой науке. Не менее важное направление влияния антикоррупционной повестки на конституционное право и законодательство связано с принятием универсальных и региональных антикоррупционных конвенций, которые через контрольные механизмы их исполнения постепенно трансформируют привычную регулятивную логику нормативных актов отечественного законодательства. В решениях таких институтов Совета Европы, как Европейский суд по правам человека и Венецианская комиссия, прослеживаются черты использования аргументации и терминологии, свойственной теории политической коррупции. Особое внимание в статье уделено примерам, когда антикоррупционные нормы проникают в конституционное законодательство ввиду влияния правовых институтов российской административной реформы. Считается, что наиболее важная ее фаза приходится на 2000-е годы, когда были заложены основные параметры новой, современной российской системы государственного управления. Для традиционно консервативной отечественной правовой теории такое направление воздействия антикоррупционных механизмов на конституционное право может оказаться наиболее выразительным. Это влияние, отражающееся в масштабных корректировках конституционного законодательства, является настолько понятным и очевидным, чтобы можно было его не замечать. В рамках конституционного законодательства появляются действующие институты, связанные с конфликтом интересов, декларированием активов, обеспечением прозрачности деятельности органов власти и др. Важно, что становясь конституционно-правовыми нормами и институтами, они начинают выполнять задачи предотвращения развития коррупции, которая является одной из ключевых проблем российской политической жизни.



Ключевые слова

коррупция, политическая коррупция, конституционное законодательство, антикоррупционная реформа, современный конституционализм, наука конституционного права.

Библиографическое описание: Шeverдяев С.Н. Влияние антикоррупционных институтов российской административной реформы на развитие конституционного законодательства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 20–31.

JEL: K1; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.20.31

Вслед за другими отраслями правовой науки российская конституционно-правовая доктрина проявляет все больший интерес к проблемам противодействия коррупции¹, который в последние годы существенно возрос². Воспринимавшаяся некогда как чуждый государствоведению вопрос, борьба с коррупцией оказывается актуальной темой конституционно-правовых изысканий по целому ряду причин, из которых можно выделить три главных: развитие современной социологии, принятие международных антикоррупционных конвенций и, наконец, многочисленные факты трансформации конституционно-правового законодательства под спудом разрастающихся антикоррупционных институтов российской административной реформы.

Итак, во-первых, к вниманию конституционного права к коррупционной проблематике нас обязывает развитие современной социологии, которая выступает материнской наукой для всех областей социального знания, в том числе и правового. Политическая социология за последние десятилетия накопила солидное наследие в понимании коррупционных процессов и обосновала феномен политической коррупции в качестве самостоятельного объекта исследований со спецификой и законами развития³.

Дальнейшее игнорирование проблематики политической коррупции в рамках отрасли права, ответственной за выстраивание отношений по поводу политической власти, без использования богатейшего массива теоретических и эмпирических данных вряд ли можно обосновывать консерватизмом юридической науки или национальным характером права. Сегодня это особенно ясно, поскольку помимо зарубежной социологии проблемы политической коррупции стали общим местом и у российских поли-

¹ Зорькин В.Д. Коррупция как угроза стабильному развитию общества // Журнал российского права. 2012. № 7. С. 18–20; Кондрашев А.А. Конституционно-правовые аспекты борьбы с коррупцией в РФ: варианты законодательных решений // Актуальные проблемы борьбы с коррупцией и терроризмом в России на современном этапе. Красноярск, 2009. С. 32–36; Коррупция: природа, проявления, противодействие / отв. ред. Т.Я. Хабриева. М., 2012. 688 с.; Ливеровский А.А. Коррупция как свойство государственной власти / Публичная политика-2010 / под ред. М.Б. Горного и А.Ю. Сунгурова. СПб., 2011. С. 80–85; Пиджаков А.Ю. Государственно-правовое регулирование противодействия коррупции (международно- и национально-правовые аспекты). Т. 2. СПб., 2010. 582 с.; Шайо А. Коррупция, клиентелизм и будущее конституционного государства в Восточной Европе // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 1998. № 4. С. 2–11.

² Противодействие коррупции: конституционно-правовые подходы: монография / под ред. С.А. Авакьяна. М., 2016. 512 с.; Конституционно-правовые основы антикоррупционных реформ в России и за рубежом. Учебное пособие / отв. ред. С.А. Авакьян. М., 2016. 568 с.; Конституционное право и проблемы коррупции: видение молодых ученых / отв. ред. С.Н. Шeverдяев. М., 2016. 452 с.

³ Nye J.S. Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis // American Political Science Review. 1997. Vol. 61. P. 417–427; Amundsen I. Political Corruption: An Introduction to the Issues. Chr. Michelsen Institute. WP, 1999: 7; Political Corruption: Concepts and Contexts / A. Heidenheimer and M. Johnston, eds. 2007; Heidenheimer A. (ed.). Political Corruption: Readings in Comparative Analysis. N.Y., 1970; Johnston M. Syndromes of Corruption / Wealth, Power, and Democracy. Cambridge, 2010; Rose-Ackerman S. Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform. N.Y., 1999; Поуз-Аккерман С. Коррупция и государство. М., 2010. 356 с.; Klitgaard R. Controlling Corruption. Berkeley, 1988; Klitgaard R., MacLea-Abroa R. and Parris H. Corrupt Cities. Washington, 2006.

тологов⁴. Более того, как общетеоретические, так и отдельные аспекты политической коррупции (такие, например, как электоральная коррупция) активно разрабатываются под сенью российского криминологического знания исследователями, осваивающими государствоведческий материал методами науки уголовного права⁵.

Во-вторых, за последние 20 лет международное сообщество, наконец, выработало единое понимание исключительной важности противодействия коррупции для решения многих ключевых проблем как экономического, так и политического свойства на национальном, региональном и глобальном уровнях. Это выразилось в принятии ряда авторитетных антикоррупционных конвенций, которые помимо привычных проблем борьбы с коррупцией все более отчетливо уделяют внимание внутривнутриполитическим истокам коррупционного разложения отдельных государственно организованных сообществ.

Так, Конвенция ООН против коррупции (2003) в п. 2 и 3 ст. 7 определяет контуры базовых стандартов законодательства о выборах и политических партиях стран-участников⁶, что является совершенно типичной темой в проблематике политической коррупции. Антикоррупционная резолюция Большой восьмерки (2006) с недвусмысленным названием «Борьба с коррупцией на высоком уровне» приковывает внимание к проблеме поиска механизмов противодействия коррупции в верхах государственного аппарата, т.е. на политическом уровне⁷.

⁴ Гельман В.Я. Модернизация, институты и «порочный круг» постсоветского неопатримониализма. СПб., 2015; Квон Д.А. Политическая преступность: проблема концептуализации и актуальные практики: дис. ... канд. полит. наук. М., 2008; Лазарев Е.А. Коррупция и политическая стабильность: институциональная перспектива // *Полития*. 2011. № 1(60). С. 57; Нисневич Ю.А. Современный авторитаризм и коррупция // *Мировая экономика и международные отношения*. 2017. № 1. С. 108–120; Семинин А.С. Противодействие политической коррупции политико-правовыми средствами в государствах Евросоюза (опыт Финляндии и Эстонии): дис. ... канд. полит. наук. Казань, 2009 и др.

⁵ Волженкин Б.В. Коррупция в России / *Криминология — XX век / под ред. В.Н. Бурлакова, В.П. Сальникова*. СПб., 2000; Кабанов П.А. Политическая коррупция в России: понятие, сущность, причины, предупреждение. Нижнекамск, 2004; Лунеев В.В. Коррупция: политические, экономические, организационные и правовые проблемы (тезисы доклада) // *Государство и право*. 2000. № 4; Мизерий А.И. Уголовно-правовые и криминологические аспекты борьбы с коррупцией в органах власти: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2000.

⁶ «2. Каждое государство-участник также рассматривает возможность принятия надлежащих законодательных и административных мер, сообразно целям настоящей Конвенции и в соответствии с основополагающими принципами своего внутреннего законодательства, с тем, чтобы установить критерии применительно к кандидатам и выборам на публичные должности.

³ Каждое государство-участник также рассматривает возможность принятия надлежащих законодательных и административных мер, сообразно целям настоящей Конвенции и в соответствии с основополагающими принципами своего внутреннего законодательства, с тем, чтобы усилить прозрачность в финансировании кандидатур на избираемые публичные должности и, где это применимо, финансировании политических партий». См.: Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (Нью-Йорк, 31.10.2003) // *СЗ РФ*. 2006. № 26. Ст. 2780. При подготовке статьи использовалась справочная правовая система Консультант Плюс.

⁷ «Мы признаем существование взаимосвязи между коррупцией и неэффективным государственным управлением. Мы подтверждаем наше обязательство преследовать акты коррупции в судебном порядке и не допускать того, чтобы коррумпированные чиновники пользовались плодами своей преступной деятельности в рамках наших финансовых систем. Масштабная коррупция среди руководящих работников высокого уровня в исполнительной, судебной и законодательной ветвях власти может оказывать разрушительное влияние на демократию, принципы верховенства закона и социально-экономическое развитие... Мы обязались принимать необходимые меры в соответствии с национальными законами, с тем, чтобы отказывать в выдаче разрешений на въезд и предоставлении убежища чиновни-

Еще более убедительно движение к противодействию политической коррупции на уровне Совета Европы. В 2003 г. Комитет министров Совета принял документ по вопросам конституционно-правового спектра — рекомендацию «Об общих правилах борьбы с коррупцией при финансировании политических партий и избирательных кампаний»⁸. Согласно контрольному механизму ГРЕКО (Группа государств против коррупции), созданному для обеспечения соблюдения европейских антикоррупционных конвенций, в 2014 г. в России была проведена масштабная реформа конституционного законодательства, связанная с выполнением рекомендаций, изложенных в Оценочном докладе ГРЕКО по вопросам финансирования партий⁹.

В рамках Совета Европы хорошо различимо влияние на конституционное право государств-членов Венецианской комиссии, которая начинает вводить в конституционно-правовую доктрину терминологию теории политической коррупции. В качестве примера приведем ее сравнительный доклад 2013 г. «О злоупотреблении административным ресурсом в ходе избирательных процессов»¹⁰. Применение административного ресурса на выборах — это хорошо известная зарубежной доктрине разновидность политической коррупции в форме политического патронажа.

Не меньшее влияние на конституционно-правовую доктрину оказывает практика Европейского суда по правам человека, сформировавшего массив прецедентов, в которых национальное конституционное законодательство начинает оцениваться в терминах противодействия коррупции. В первую очередь это касается дел, связанных с нарушением конституционных прав граждан, проявляющимся, например, в устранении с политической арены оппозиционных партий и кандидатов, в преследовании оппозиционеров, в препятствовании их публичных мероприятий, создании для них иных неблагоприятных условий существования посредством организационных и юридических приемов¹¹.

В-третьих, пожалуй, наиболее явно коррупционная проблематика заставляет обратить на себя внимание конституционно-правовой науки посредством многочисленных корректировок конституционного законодательства. Даже не увлеченные междисци-

кам, виновным в коррупции, строго следить за соблюдением нашего законодательства в сфере борьбы с взяточничеством и ввести в действие процедуры и контрольные механизмы для более строгого применения принципа должной осмотрительности в отношении счетов «политически значимых персон» [Электронный ресурс]: // URL: http://sartracc.ru/i.php?oper=read_file&filename=Press/corrupt-8.htm (дата обращения: 30.01.2017)

⁸ Рекомендация № 4 Комитета министров Совета Европы «Об общих правилах борьбы с коррупцией при финансировании политических партий и избирательных кампаний» (принята 08.04.2003) / СПС КонсультантПлюс

⁹ См.: Митин Г.Н. Новеллы Федерального закона «О политических партиях» 2014 г. и динамика финансирования политических партий в России // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 3. С. 18–23.

¹⁰ Доклад Европейской комиссии за демократию через право (Венецианская комиссия) «О злоупотреблении административным ресурсом в ходе избирательных процессов» Страсбург. 16. 12. 2013. CDL-AD(2013)033 [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)033-rus](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)033-rus) (дата обращения: 30.01.2017)

¹¹ Только среди «российских» дел см., например, дело Краснова и Скуратова 2007 г., дело Республиканской партии 2011 г., дело Захарова 2015 г., дело «Каспаров и другие против России» 2013 г. и т.д. Подробнее см.: Ковлер А.И. Европейский публичный порядок и проблемы недобросовестной политической конкуренции: практика Европейского Суда по правам человека и Заключение Венецианской комиссии Совета Европы / Противодействие коррупции: конституционно-правовые подходы: коллективная монография / отв. ред. Авакьян С.А. М., 2016. С. 340 и сл.

плинарными исследованиями или современными тенденциями в области международного права наблюдатели не могут не отметить появления в российском конституционном законодательстве, особенно за последние десять лет, целого массива норм и отдельных источников права, которые проистекают из логики, а иногда и непосредственно из положений нормативных актов российской административной реформы и прямо касаются задач противодействия коррупции.

Обозначенные некогда в стратегических документах (например, в Концепции административной реформы 2005 г.¹²) антикоррупционные механизмы отражаются в текущем (в основном административном) законодательстве и продолжают торжественное шествие в других областях российской правовой системы, в том числе и в рамках конституционного законодательства. Причины такой неочевидной нормативной эволюции — задача другого исследования¹³, а ниже имеет смысл говорить о наиболее красочных иллюстрациях нормативного дрейфа из антикоррупционного законодательства к собственно конституционному.

Из российского законодательства о государственной гражданской службе в конституционное и другие области российского законодательства начинают проникать регулятивные механизмы, которые ранее или не существовали вовсе, или присутствовали в довольно редуцированном виде. Это в полной мере касается института конфликта интересов. Данный термин был известен еще российскому гражданскому законодательству середины 1990-х гг. и применялся в отношении профессиональных субъектов рынка для дополнительного гарантирования прав их клиентов (в том числе в связи с характеристикой так называемых «сделок с заинтересованностью»)¹⁴. Однако в законодательство, регулирующее деятельность представителей государства, он проник главным образом благодаря Закону о государственной гражданской службе 2004 г., где закрепляется состоящая из восьми пунктов специальная ст. 19. Впоследствии центральный для антикоррупционного законодательства Закон о противодействии коррупции 2008 г.¹⁵ и его многочисленные редакции распространяют положения о конфликте интересов на гораздо более широкий круг субъектов, в том числе на лиц, замещающих государственные должности Российской Федерации и ее субъектов, муниципальные должности¹⁶.

¹² Распоряжение Правительства Российской Федерации от 25.10.2005 № 1789-р (ред. от 10.03.2009) «О Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006–2010 годах» // СЗ РФ. 2005. № 46. Ст. 4720.

¹³ Об этом см., напр.: Противодействие коррупции: конституционно-правовые подходы... С. 177; *Шевурдяев С.Н.* Развитие понятия использования преимуществ должностного или служебного положения в российском избирательном законодательстве // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2015. № 4. С. 53; и др.

¹⁴ См., напр., исходные редакции 1996 г. ст. 27 Закона о некоммерческих организациях: Федеральный закон от 12.01.1996 № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 145 или положения Закона о рынке ценных бумаг: Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» // СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

¹⁵ Федеральный закон от 25.12.2008 № 273-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О противодействии коррупции» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6228.

¹⁶ См. п. 4.1. ст. 12.1. Закона о противодействии коррупции, введенный в текст в 2015 г. — Федеральный закон от 05.10.2015 № 285-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления обязанности лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц сообщать о возникновении личной заинтересованности, которая приводит или может привести к конфликту интересов, и принимать меры по предотвращению или урегулированию конфликта интересов» // СЗ РФ. 2015. № 41 (часть II). Ст. 5639.

Так мы начинаем встречать положения о предотвращении конфликта интересов в конституционном законодательстве, в том числе в Конституционном законе о Правительстве Российской Федерации, Законе о статусе члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы, Законе о статусе судей и др.¹⁷ Иными словами, антикоррупционные механизмы административно-правового происхождения начинают проникать в конституционное законодательство, формируя тем самым блок антикоррупционных норм конституционно-правового значения. Коль скоро конституционное право регулирует властотношения, то очевидно, что эти нормы конституционного законодательства касаются проблемы противодействия политической коррупции как формы коррупционной проблематики в конституционном праве.

В целом аналогичная судьба проникновения в конституционное законодательство у института декларирования доходов. Правда, первое терминологическое заимствование из административного законодательства в конституционное произошло более чем десятилетием ранее: президентский Указ 1992 г. «О борьбе с коррупцией в системе государственной службы» в п. 3 зафиксировал соответствующую обязанность государственных служащих¹⁸. Вслед за этим в исходной версии Закона о статусе члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы 1994 г. в ст. 10 мы видим аналогичное требование в отношении федеральных парламентариев. Однако своего развития долгое время не имели ни норма упомянутого Указа, ни норма Закона.

Вторую жизнь институт декларирования доходов обрел в связи с антикоррупционной реформой 2000-х гг. При принятии Закона о государственной гражданской службе в 2004 г. увидела свет ст. 20 о представлении сведений о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера. После этого аналогичные требования были с помощью Закона о противодействии коррупции 2008 г. (ст. 8) отражены в редакциях сообщающихся с ним актов конституционного законодательства. Однако развитие института декларирования доходов, как известно, пережило дальнейшую эволюцию. С 2012 г. действует федеральный закон, обязывающий уже знакомый нам по Закону о противодействии коррупции 2008 г. круг лиц декларировать также и расходы, а также создающий контрольный механизм, позволяющий устанавливать корреляцию между доходами и расходами¹⁹.

3. Также из законодательства о государственной службе и далее через специальное антикоррупционное законодательство в акты конституционного права проникают де-

¹⁷ См. ст. 11.1 от 2015 г. Федерального конституционного закона от 17.12.1997 № 2-ФКЗ (ред. от 28.12.2016) «О Правительстве Российской Федерации» // СЗ РФ. 1997. № 51. Ст. 5712; п. 2.1. и 2.2. ст. 6 от 2008 и 2015 гг. Федерального закона от 08.05.1994 № 3-ФЗ (ред. от 19.12.2016) «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 2. Ст. 74; абзацы 2 и 3 п. 2 ст. 3 от 2008 г. Закона РФ от 26.06.1992 № 3132-1 (ред. от 03.07.2016, с изм. от 19.12.2016) «О статусе судей в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2016) // Российская газета. 1992. № 170.

¹⁸ «3. Установить для государственных служащих обязательное представление при назначении на руководящую должность декларации о доходах, движимом и недвижимом имуществе, вкладах в банках и ценных бумагах, а также обязательствах финансового характера. Непредоставление таких сведений или умышленное представление неполной, недостоверной или искаженной информации является основанием для отказа в назначении на должность». Указ Президента Российской Федерации от 04.04.1992 № 361 (с изм. от 16.11.1992) «О борьбе с коррупцией в системе государственной службы» // Российская газета. 1992. № 80.

¹⁹ Федеральный закон от 03.12.2012 № 230-ФЗ (ред. от 03.11.2015) «О контроле за соответствием расходов лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц их доходам» // СЗ РФ. 2012. № 50 (ч. 4). Ст. 6953.

тализированные нормы о запретах и ограничениях «по службе». Так, к примеру, в Законе о статусе члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы расширяются положения п. 2 ст. 6 (условия осуществления полномочий членом Совета Федерации, депутатом Государственной Думы), в соответствии с которыми федеральные парламентарии теперь не вправе, например, «г) участвовать в деятельности по управлению хозяйственным обществом или иной коммерческой организацией, в том числе входить в состав таких органов управления коммерческой организации... д) входить в состав органов управления, попечительских или наблюдательных советов, иных органов иностранных некоммерческих неправительственных организаций и действующих на территории Российской Федерации их структурных подразделений», а также «е) получать в связи с осуществлением соответствующих полномочий не предусмотренные законодательством Российской Федерации вознаграждения... ж) выезжать в связи с осуществлением соответствующих полномочий за пределы территории Российской Федерации за счет средств физических и юридических лиц, за исключением служебных командировок... з) использовать в целях, не связанных с осуществлением соответствующих полномочий, средства материально-технического, финансового и информационного обеспечения, предназначенные для служебной деятельности... и) разглашать или использовать в целях, не связанных с осуществлением соответствующих полномочий, сведения, отнесенные в соответствии с федеральным законом к информации ограниченного доступа, или служебную информацию, ставшие ему известными в связи с осуществлением соответствующих полномочий»²⁰ и т.д.

4. Еще один пример воздействия норм специализированного антикоррупционного законодательства на развитие актов конституционного права связан с любопытным механизмом ответственности — увольнением в связи с утратой доверия. Корни этого института можно найти еще в советском трудовом праве. Так, согласно ст. 254 Кодекса законов о труде (КЗоТ) в его первоначальном варианте 1971 г., «трудовой договор некоторых категорий работников может быть прекращен в случаях... 2) совершения виновных действий работником, непосредственно обслуживающим денежные или товарные ценности, если эти действия дают основание для утраты доверия к нему со стороны администрации»²¹.

Данная норма была оживлена в Законе о государственной гражданской службе, где в первоначальной редакции 2004 г. содержалось только одно упоминание об этом, которое практически дублировало норму КЗоТ. Согласно ст. 37 (расторжение служебного контракта по инициативе представителя нанимателя), «служебный контракт может быть расторгнут представителем нанимателя, а гражданский служащий освобожден от замещаемой должности гражданской службы и уволен с гражданской службы в случае... 4) совершения виновных действий гражданским служащим, непосредственно обслуживающим денежные или товарные ценности, если эти действия дают основание для утраты доверия к нему представителя нанимателя».

Однако впоследствии институт расторжения служебного контракта в связи с утратой доверия в Законе о государственной гражданской службе существенно разросся, вплоть до того, что в 2011 г. в него была включена отдельная ст. 59.2 (увольнение в связи

²⁰ Федеральный закон от 25.12.2008 № 274-ФЗ (ред. от 22.12.2014) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О противодействии коррупции» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6229.

²¹ Кодекс законов о труде Российской Федерации (утв. ВС РСФСР 09.12.1971) (ред. от 17.03.1997) // Свод законов РСФСР. Т. 2. С. 123.

с утратой доверия)²². Этим же законом 2011 г. в Закон о противодействии коррупции 2008 г. была включена ст. 13.1. (увольнение (освобождение от должности) лиц, замещающих государственные должности РФ, государственные должности субъектов РФ, муниципальные должности, в связи с утратой доверия).

Почему институт утраты доверия заслужил упоминание среди иллюстраций перетекания антикоррупционных норм из по сути административного в конституционное законодательство? Дело в том, что институт оказался весьма востребованным и проявил себя при выстраивании отношений Москвы с российскими регионами. Так, в 2004 г. в Закон об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ²³ была введена новая редакция пункта «г» ст. 19, устанавливающей основания досрочного прекращения высшего должностного лица субъекта РФ²⁴. До поправки глава субъекта РФ прекращал полномочия в случае «отрешения его от должности Президентом Российской Федерации», после поправки — в случае «отрешения его от должности Президентом Российской Федерации в связи с утратой доверия Президента Российской Федерации, за ненадлежащее исполнение своих обязанностей, а также в иных случаях, предусмотренных настоящим Федеральным законом». Впоследствии пункт «г» ст. 19 в серии редакций 2012, 2013 и 2015 гг. еще больше разросся, более того, приобрел также и прямую отсылку к Закону о противодействии коррупции 2008 г. Аналогичное положение о досрочном прекращении полномочий главы муниципального района или главы городского округа в связи с утратой доверия Президента (ст. 6.1.) в 2013 г.²⁵ было введено в Закон об общих принципах организации местного самоуправления 2003 г.²⁶

5. Несколько иные нюансы существуют в последовательности перетекания в конституционное законодательство ряда других норм антикоррупционного характера. Так, в соответствии с актом, известном как Закон о запрете использования иностранных финансовых инструментов, все тот же перечень представителей государства обязан воздерживаться от того, чтобы «открывать и иметь счета (вклады), хранить наличные денежные средства и ценности в иностранных банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, владеть и (или) пользоваться иностранными финансовыми инструментами»²⁷.

²² Федеральный закон от 21.11.2011 № 329-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия коррупции». СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6730.

²³ Федеральный закон от 06.10.1999 № 184-ФЗ (ред. от 19.06.2004) «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

²⁴ Федеральный закон от 11.12.2004 № 159-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 50. Ст. 4950.

²⁵ Федеральный закон от 07.05.2013 № 102-ФЗ (ред. от 22.12.2014) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О запрете отдельным категориям лиц открывать и иметь счета (вклады), хранить наличные денежные средства и ценности в иностранных банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, владеть и (или) пользоваться иностранными финансовыми инструментами» // СЗ РФ. 2013. № 19. Ст. 2329.

²⁶ Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ (ред. от 28.12.2016) «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 09.01.2017) // СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

²⁷ Федеральный закон от 07.05.2013 № 79-ФЗ (ред. от 28.11.2015) «О запрете отдельным категориям лиц открывать и иметь счета (вклады), хранить наличные денежные средства и ценности в иностран-

Логику принятия этого акта (как, впрочем, и его отраслевую принадлежность) можно назвать комбинированной. Она связана не только с антикоррупционными задачами (хотя и с точки зрения противодействия легализации коррупционных доходов упомянутый закон выполняет весьма важную роль), сколько с так называемой задачей «национализации элит». Так, предусмотренные Законом запретительные меры принимаются «в целях обеспечения национальной безопасности Российской Федерации, упорядочения лоббистской деятельности, расширения инвестирования средств в национальную экономику и повышения эффективности противодействия коррупции» (ст. 1).

Среди актов конституционного законодательства об этом запрете напоминает, например, Закон об основных гарантиях избирательных прав 2002 г., который среди условий выдвижения кандидатов в п. 3.3 ст. 33 формулирует требование, чтобы «при проведении выборов в федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, выборов глав муниципальных районов и глав городских округов кандидат обязан к моменту представления документов, необходимых для регистрации кандидата, списка кандидатов, закрыть счета (вклады), прекратить хранение наличных денежных средств и ценностей в иностранных банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, и (или) осуществить отчуждение иностранных финансовых инструментов»²⁸.

6. Еще одно примечательное направление в развитии антикоррупционных норм в конституционном законодательстве за счет импульсов административной реформы — это появление новых правовых источников, гарантирующих прозрачность деятельности органов власти. Речь идет о законах «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления»²⁹ и «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации»³⁰. Логично предположить, что оба закона имеют прямое отношение к реализации механизмов конституционного права граждан на информацию, а точнее — права на доступ к информации, находящейся в распоряжении органов власти («право знать»), и как будто не должны проистекать из административного права или другой отрасли. Это предположение верно по существу, но не соответствует фактической динамике развития российского законодательства.

Российская конституционно-правовая доктрина в 1990-х и 2000-х гг., несмотря на создание целого ряда исследований конституционного права граждан на доступ к информации³¹, не смогла привести декларативные нормы о гласности и открытости деятельности органов власти, которые было принято упоминать в актах об их статусе и принципах деятельности, к закономерной законодательной эволюции (по меньшей мере, на федеральном уровне³²). Как известно, вопрос общения государственных органов с

ранных банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, владеть и (или) пользоваться иностранными финансовыми инструментами» // СЗ РФ. 2013. № 19. Ст. 2306.

²⁸ Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ (ред. от 28.12.2016) «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253.

²⁹ Федеральный закон от 09.02.2009 № 8-ФЗ (ред. от 09.03.2016) «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» // СЗ РФ. 2009. № 7. Ст. 776.

³⁰ Федеральный закон от 22.12.2008 № 262-ФЗ (ред. от 23.06.2016) «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6217.

³¹ См., например, диссертации В.Н. Монахова, И.Ю. Павлова, М.И. Савинцевой, С.Н. Швердяева и др.

³² Первый закон, регулирующий механизмы доступа граждан к информации, находящейся в распоряжении органов власти, который был основан на конституционно-правовой логике, увидел свет

гражданами до принятия законов 2008–2009 гг. рассматривался либо через призму законодательства об информатизации и формирования системы государственных информационных ресурсов (которое с середины 1990-х гг. так и не смогло создать действующего механизма получения информации)³³, либо через законодательство о СМИ, поскольку наличие журналистов как профессиональных информационных посредников между властью и обществом считалось вполне достаточным, чтобы граждане имели всю необходимую информацию.

Именно благодаря антикоррупционному законодательству, развивавшемуся для поддержки административной реформы³⁴, упомянутые законы о доступе к информации, наконец, были приняты. Это пример того, как антикоррупционное законодательство, для которого прозрачность деятельности органов власти является неотъемлемой частью, помогает формированию конституционно-правовых институтов.

7. Можно выделить и другие направления влияния антикоррупционного законодательства, обеспечивающего российскую административную реформу, на конституционное право. Среди таких направлений следует обратить внимание на законодательство об антикоррупционной экспертизе нормативных актов и их проектов³⁵. К примеру, конституционная процедура федерального законодательного процесса затрагивается теперь, среди прочего, обязанностью Министерства юстиции при правовой экспертизе законопроектов, разработанных федеральными органами исполнительной власти, проводить также и их антикоррупционную экспертизу³⁶. Сопоставление современного административного и конституционного законодательств дает возможность проследить и другие проявления интереса к коррупционным проблемам в рамках системы властеотношений.

Таким образом, в российской правовой доктрине и законодательстве начинает формироваться относительно самостоятельный сегмент проблем, связанных с противодействием политической коррупции. Основным местом для этих правовых норм закономерно становится конституционно-правовое законодательство.



Библиография

Зорькин В.Д. Коррупция как угроза стабильному развитию общества // Журнал российского права. 2012. № 7 / СПС КонсультантПлюс

в 2002 г. в Калининградской области благодаря экспертной поддержке «Трансперенси Интернешнл — Россия». См.: Закон Калининградской области от 06.07.2002 № 164 (ред. от 10.12.2014) «О порядке предоставления информации органами государственной власти Калининградской области» (принят Калининградской областной Думой 27.06.2002) // Российская газета (Запад России). 2002. № 153.

³³ Несмотря на декларирование права на доступ граждан к информации в тексте ст. 8 действующего Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ (ред. от 19.12.2016) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2017) // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

³⁴ См. абз. 16 введения к Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006–2010 годах, утвержденной Распоряжением Правительства России от 25.10.2005 № 1789-р (ред. от 10.03.2009) // СЗ РФ. 2005. № 46. Ст. 4720.

³⁵ П. 3 ст. 3 Федерального закона от 17.07.2009 № 172-ФЗ (ред. от 21.10.2013) «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3609.

³⁶ Маркина В.С. Проблемы проведения Министерством юстиции РФ антикоррупционной экспертизы нормативных актов // Административное право и процесс. 2012. № 11. С. 68–70.

Конституционное право и проблемы коррупции: видение молодых ученых: коллективная монография / отв. ред. С.Н. Шевердяев. М.: Юстицинформ, 2016. 452 с.

Конституционно-правовые основы антикоррупционных реформ в России и за рубежом. Учебное пособие / отв. ред. С.А. Авакьян. М.: Юстицинформ, 2016. 568 с.

Коррупция: природа, проявления, противодействие / отв. ред. Т.Я. Хабриева. М.: Юриспруденция, 2012. 688 с.

Лазарев Е.А. Коррупция и политическая стабильность: институциональная перспектива // Политика. 2011. № 1(60). С. 50–68.

Нисневич Ю.А. Современный авторитаризм и коррупция // Мировая экономика и международные отношения. 2017. № 1. С. 108–120.

Противодействие коррупции: конституционно-правовые подходы: коллективная монография / под ред. С.А. Авакьяна. М.: Юстицинформ, 2016. 512 с.

Роуз-Аккерман С. Коррупция и государство. М.: Логос, 2010. 356 с.

Amundsen I. Political Corruption: Introduction to the Issues. Bergen, 1999. 34 p.

Johnston M. Syndromes of Corruption: Wealth, Power and Democracy. N.Y.: Cambridge University Press, 2005. 267 p.

Klitgaard R., MacLea-Abroa R., Parris H. Corrupt Cities. Washington, 2006. 162 p.

Klitgaard R. Controlling Corruption. Berkeley, 1988. 230 p.

Nye J. Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis // American Political Science Review. 1967. Vol. 61. P. 417 — 427.

Political Corruption: Concepts and Contexts / A. Heidenheimer and M. Johnston, eds. New Brunswick (N. J.), 2007. 967 p.

Rose-Ackerman S. Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform. N.Y.: Cambridge University Press, 1999. 282 p.

Impact of Anti-Corruption Institutions of the Russian Administrative Reform on the Development of Constitutional Legislation



Stanislav N. Sheverdyayev

Associate Professor, Constitutional and Municipal Law Department, Director, Center of Constitutionalism, Law Faculty, Moscow State University (MGU), Candidate of Juridical Sciences. Address: 13 Leninskie Gory, Moscow 119991, Russian Federation. E-mail: snshev@gmail.com



Abstract

The article highlights the main areas of impact of anti-corruption institutions and phenomena on the Russian constitutional law. First, the modern constitutional law is affected by the global political theory. Over the past decades, it has gained a strong academic potential to understand the processes of corruption. Nowadays, its negligence harms the constitutional legal science. The next important area of influence of the anti-corruption agenda on constitutional law and relevant legislation associates with the adoption of universal and regional anti-corruption conventions. Through their controlling mechanisms, they have gradually transformed domestic legislation. Furthermore, among European institutions we must mention the European Court of Human Rights and the Venice Commission which are beginning to use the terminology and characteristics of the theory of political corruption. However, special attention is paid to the cases when anti-corruption standards go through constitutional law from the Russian administrative reform. For the traditional and rather conservative domestic legal theory, this influence could be the most evident and convincing one. The examples of such influence are the institutions related to conflict of interest, declaration of assets, ensuring transparency of authorities and others. And the most important that, transforming to the constitutional legal norms and institutions, they begin to prevent political corruption, which is one of the key problems of the Russian Federation constitutional order.



Keywords

corruption, political corruption, constitutional legislation, anti-corruption reform, modern constitutionalism, science of constitutional law.

Citation: Sheverdyayev S.N. (2017) Impact of Anti-Corruption Institutions of Russian Administrative Reform on the Development of Constitutional Legislation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 20–31 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.20.31



References

Johnston M. (2005) *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*. N.Y.: Cambridge University Press, 267 p.

Kabanov P.A. (2004) *Politicheskaya korruptsiya v Rossii: ponyatiye, sushchnost', prichiny, preduprezhdeniye*. [Political Corruption in Russia: Concept, Essence, Causes, Prevention]. Nizhnekamsk: MGEL Press, 110 pp. (in Russian)

Klitgaard R., MacLea-Abroa R., Parris H. (2006) *Corrupt Cities*. Washington: World Bank, 162 p.

Kondrashev A.A. (2009) *Konstitutsionno-pravovyye aspekty bor'by s korruptsiyey v RF: varianty zakonodatel'nykh resheniy* [Constitutional Legal Aspects of the Fight against Corruption in Russia: Options for Legislative Solutions]. Aktual'nyye problemy bor'by s korruptsiyey i terrorizmom v Rossii na sovremennom etape. Krasnoyarsk: University, 129 pp. (in Russian)

Konstitutsionnoye pravo i problemy korruptsii: videniye molodykh uchenykh (2016) [Constitutional Law and the Issue of Corruption: Vision of Young Researches]. S.N. Sheverdyayev, ed. Moscow: Yustitsinform, 452 pp. (in Russian)

Konstitutsionno-pravovyye osnovy antikorrupcionnykh reform v Rossii i za rubezhom. Uchebnoye posobiye (2016) [Constitutional and Legal Basics of Anti-Corruption Reforms in Russia and Abroad (manual)]. S.A. Avak'yan, ed. Moscow: Yustitsinform, 568 pp. (in Russian)

Korruptsiya: priroda, proyavleniya, protivodeystviye (2012) [Corruption: Nature, Manifestations, Counteractions]. T.Khabriyeva, ed. Moscow: Yurisprudentsiya, 688 pp. (in Russian)

Lazarev Y.A. (2011) *Korruptsiya i politicheskaya stabil'nost': institutsional'naya perspektiva* [Corruption and Political Stability: Institutional Perspective]. *Politiya*, no 1, pp. 50–68

Mizeriy A.I. (2000) *Ugolovno-pravovyye i kriminologicheskiye aspekty bor'by s korruptsiyey v organakh vlasti: diss ...cand.yurid.nauk* [Criminal Legal and Criminological Aspects of the Fight against Corruption in Governmental Bodies. Candidate of Juridical Sciences Thesis]. N. Novgorod, 155 pp. (in Russian)

Nisnevich Y.A. (2017) *Sovremennyy avtoritarizm i korruptsiya* [Modern Authoritarianism and Corruption]. *Mirovaya ekonomika i mezhdunarodnyye otnosheniya*, no 1, pp. 108–120.

Political Corruption: Concepts and Contexts (2007). A. Heidenheimer and M. Johnston, eds. New Brunswick (N.J.): Transactions Publishers, 967 p.

Protivodeystviye korruptsii: konstitutsionno-pravovyye podkhody (2016) [Anti-Corruption Activity: Constitutional and Legal Approaches]. S.A. Avak'yan, ed. Moscow: Yustitsinform, 512 pp. (in Russian)

Rose-Ackerman S. (1999) *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. N.Y.: Cambridge Univ. Press, 282 p.

Rose-Ackerman S. (2010) *Korruptsiya i gosudarstvo [Corruption and State]*. Moscow: Logos, 356 p. (in Russian)

Zor'kin V.D. (2012) *Korruptsiya kak ugroza stabil'nomu razvitiyu obshchestva* [Corruption as Threat to the Sustainable Development of Society]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 7. SPS ConsultantPlyus

Развитие административного судопроизводства и административной юстиции в России*



И.В. Панова

профессор кафедры конституционного и административного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: ipanova@hse.ru



Аннотация

В статье показан исторический аспект развития элементов административной юстиции в нашей стране. Рассматривается широкий исторический период, начиная с дореволюционного периода и заканчивая современным этапом. Также анализируются различные историко-правовые документы по рассматриваемой проблематике, делаются обобщающие выводы. В России имеется богатый опыт функционирования института административной юстиции и в нем много поучительного. История развития отечественного законодательства административного судопроизводства и административной юстиции может помочь в реформировании современного законодательства в данной сфере; ошибки прошлого нужно не забывать и не допускать их повторения в будущем. Акцентируется внимание, что действующее административно-процессуальное законодательство устанавливает две процедуры пересмотра постановлений по делам об административных правонарушениях: досудебную и судебную. При этом выбор порядка обжалования постановления по делу об административном правонарушении оставлен лицу, привлекаемому к административной ответственности (делинквенту). Изложение истории административной юстиции наглядно показывает очень важный факт: до сего дня не существует единого, общего, даже обобщающего взгляда на существо института административной юстиции. Нет юридических определений основных понятий: «административный процесс», «административно-юрисдикционное дело», «административный спор», «административная юстиция», «административное судопроизводство» и др. Не обозначены их предмет, содержание, границы и объем. Главная цель административной юстиции в любой стране, в том числе в России — создание возможности быстро, четко, справедливо и на законной основе выстраивать отношения невластных субъектов с публичной властью. Развитие и совершенствование административной юстиции — важная гарантия прав невластных субъектов, значимый этап в реализации административной реформы в нашей стране. Предложения о создании системы административной юстиции, которая не только будет способствовать реализации положений Конституции РФ о доступе к правосудию, но и позволит освободить суды от не свойственных им функций, являются обоснованными и актуальными в условиях.



Ключевые слова

административная жалоба, административная реформа, административная юстиция, досудебное обжалование, дореволюционное право, претензионный порядок, КоАП РФ.

Библиографическое описание: Панова И.В. Развитие административного судопроизводства и административной юстиции в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 32–41.

JEL: K23; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.32.41

* Начало см.: Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 54–69.

Общие вопросы теории административной жалобы с середины 1920-х годов до настоящего времени не получили значительного развития. Правовые споры главным образом касались соотношения судебного и внесудебного порядков обжалования действий и решений административных органов и должностных лиц. Споры велись о возможности самой государственной администрации осуществлять контроль за законностью действий и решений государственных органов и должностных лиц. Общая позиция, к которой по сути дела привела дискуссия, состояла в том, что административный и судебный порядки обжалования не должны противопоставляться. По возможности они должны являть альтернативные варианты защиты прав гражданина. Специальные правовые исследования в основном были посвящены специальным жалобам, отличие которых от общих жалоб впервые выявил и теоретически обосновал Д.Н. Бахрах¹.

Общая административная жалоба — административная жалоба на действия (бездействие) должностных лиц и органов публичной власти, если лицо считает, что указанными действиями (бездействием) нарушаются права, свободы и законные интересы гражданина либо иных лиц. В законодательстве СССР вопросы общей административной жалобы регулировались Указом Президиума Верховного Совета СССР «О порядке рассмотрения предложений, заявлений и жалоб граждан». В Российской Федерации принят Федеральный закон от 2.05.2006 №59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации». Но при этом не создавался специальный административно-юрисдикционный орган, который рассматривал бы общую административную жалобу за рамками ведомственного интереса.

Специальная административная жалоба — административная жалоба, в порядке пересмотра постановления или решения по делу об административном правонарушении (гл. 30 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее — КоАП РФ)).

При рассмотрении как общих, так и специальных административных жалоб на практике возникает ряд моментов, препятствующих своевременному, всестороннему и полному рассмотрению дел, возникающих из административных правоотношений, в административном (внесудебном) порядке, что неблагоприятно отражается на защите прав и законных интересов физических и юридических лиц. Особенно ярко это проявляется при подаче специальной административной жалобы в связи с огромным количеством административно-юрисдикционных органов, как привлекающих правонарушителей к административной ответственности, так и пересматривающих постановления о привлечении к административной ответственности физических и юридических лиц.

Жалобы рассматриваются должностными лицами различных государственных органов, в большинстве своем не являющимися специалистами в области административного права и имеющими общее понятие о процедуре привлечения к административной ответственности, процессуальных особенностях при производстве по делу об административном правонарушении. Зачастую эти лица не имеют юридического образования. Данный факт препятствует своевременной, справедливой и беспристрастной защите прав и законных интересов граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, и юридически правомерных действий государственных органов и их должностных лиц.

В соответствии со ст. 30.1. КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано, в зависимости от органа (должностного лица), вынесшего постановление: в вышестоящий суд (если привлечение к ответвен-

¹ См., напр.: Бахрах Д.Н. Юридический процесс и административное судопроизводство // Журнал российского права. 2000. № 9. С. 6–17.

ности производится на основании судебного акта), в районный суд по месту нахождения коллегиального органа или судебного пристава-исполнителя (если постановление вынесено коллегиальным органом или судебным приставом-исполнителем), в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в районный суд по месту рассмотрения дела (если привлечение произведено должностным лицом). Таким образом, в административно-процессуальном законодательстве установлены две процедуры пересмотра постановлений по делам об административных правонарушениях: досудебная и судебная. Выбор порядка обжалования постановления по делу об административном правонарушении оставлен лицу, привлекаемому к административной ответственности (делинквенту).

На практике в большинстве случаев привлекаемые к административной ответственности лица обращаются с заявлениями о пересмотре постановлений по делам об административных правонарушениях непосредственно в судебные органы, минуя административную досудебную процедуру разрешения спора. Действия указанных лиц вполне объяснимы и понятны, так как существует малая вероятность, что вышестоящее должностное лицо (вышестоящий орган) отменит постановление по делу об административном правонарушении, вынесенное нижестоящим (подчиненным) должностным лицом или органом. Также необходимо учитывать, что орган или должностное лицо, привлекающее делинквентов к административной ответственности, при рассмотрении дела об административном правонарушении не обладает полной независимостью от вышестоящего должностного лица или органа.

В такой ситуации трудно говорить о беспристрастности и независимости как при процедуре привлечения к административной ответственности правонарушителей, так и при процедуре пересмотра постановлений по делам об административных правонарушениях. Данные обстоятельства порождают не только волокиту при рассмотрении дел об административных правонарушениях, но и ведут к коррупции, подрыву авторитета всей системы органов исполнительной власти, что не лучшим образом отражается на обществе в целом.

Появление в 1989 и 1993 гг. законов об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан, отчасти затронуло и административный порядок обжалования, поскольку альтернативность судебного и административного порядков была закреплена на законодательном уровне.

Провозглашение в 1991 г. принципа разделения властей неизбежно вновь поставило вопрос о соотношении самоконтроля исполнительной власти и судебного контроля за действиями и решениями государственной администрации. В целом в отечественной литературе² возможность судебного контроля за действиями и решениями государственных органов и должностных лиц была признана в качестве одного из правовых принципов, вытекающих их общего конституционного принципа правового государства.

Последующие правовые реформы не затрагивали общего административного порядка рассмотрения жалоб граждан. В течение многих лет после принятия Конституции Российской Федерации 1993 г. (ст. 33 которой предусматривает право граждан на подачу обращений в государственные органы, не конкретизируя содержания этих обращений, а, следовательно, предполагая и подачу жалоб) федеральный законодатель не обеспечивал ее положения специальным законодательным регулированием. Только

² См., напр.: Филалковская И.Д., Тоненкова О.А. Судебный контроль в сфере исполнительной власти: понятие, признаки, место в системе административного права // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. 2008. № 3. С. 208–212.

Федеральный закон «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» предусмотрел возможность административного обжалования действий и решений административных органов и должностных лиц, вновь не изменив основных принципов регулирования административного порядка подачи жалоб, сформулированных в 1930-х гг.

Элементы административного судопроизводства существовали и до современного этапа российской истории. Так, Указ Президиума Верховного Совета РСФСР «О безвозмездном изъятии домов, дач и других строений, возведенных или приобретенных гражданами на нетрудовые доходы»³ определял, что результаты проверки и заключение комиссии рассматривались соответствующими исполнительными комитетами районного, городского совета депутатов трудящихся, который при наличии к тому оснований принимал решение о направлении материалов проверки в районный (городской) суд.

Что касается законодательства об административных правонарушениях в тот период, то оно не отличалось стабильностью. Так, в КоАП РСФСР было внесено более 60 изменений, сотни актов принимались представительными органами власти различных уровней. Кроме того, получила широкое распространение практика установления в законодательных актах санкций в виде штрафа в отношении организаций за несоблюдение ими обязанностей, закрепленных в нормативных правовых актах. К концу 1990-х гг. институт административной ответственности юридических лиц был абсолютно не кодифицирован.

В конце 1990-х гг. была поставлена задача совершенствования законодательства об административных правонарушениях и его кодификации. Действующий ныне КоАП РФ от 30.12.2001 №195-ФЗ является преемником КоАП РСФСР по многим вопросам как структурно, так и содержательно. Однако в нем значительно расширена возможность судей привлекать к административной ответственности.

Большой вклад в развитие административного судопроизводства внес Кодекс административного судопроизводства (далее — КАС РФ) от 8.03.2015 (вступил в силу 15.09.2015)⁴, который детально урегулировал порядок рассмотрения дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений в судах общей юрисдикции. КАС РФ по аналогии с Гражданским процессуальным кодексом РФ (далее — ГПК РФ) регламентирует всю процедуру рассмотрения административных дел в судах, начиная с подачи административного искового заявления и заканчивая исполнением судебных актов.

КАС РФ никак не затрагивает и не регулирует вопросов производства по делам об административных правонарушениях (ни в судах, ни в досудебном (внесудебном) порядке). Данный порядок остался прежним. КАС РФ также не регулирует вопросов досудебного (внесудебного) производства по административным делам. Его сфера регулирования охватывает только вопросы судопроизводства в судах общей юрисдикции. Арбитражное судопроизводство КАС РФ также не регулирует. Арбитражные суды будут рассматривать соответствующие административные дела в прежнем порядке.

В то же время некоторые нормы кодекса заимствованы из Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее — АПК РФ), например, правила освобождения от доказыва-

³ Указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 26.06.1962 «О безвозмездном изъятии домов, дач и других строений, возведенных или приобретенных гражданами на нетрудовые доходы» // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1962. № 30. Ст. 464.

⁴ Ч. 2 и 4 ст. 45, ч. 8 ст. 125, ч. 2 ст. 126, ч. 7 ст. 299, ч. 3 ст. 319, ч. 4 ст. 347, ч. 4, 5 и 9 ст. 353 КАС РФ вводятся в действие с 15 сентября 2016 г., п. 14 ст. 21 КАС РФ вводится в действие с 1 января 2017 г.

ния обстоятельств, признанных сторонами (ст. 65 КАС РФ), или положение, согласно которому можно приложить к административному исковому заявлению документы в электронной форме (ч. 8 ст. 125 КАС РФ). Внедрение подобных норм позволит сблизить порядок рассмотрения административных дел в судах общей юрисдикции с порядком рассмотрения таких дел в арбитражных судах.

Подавляющее большинство норм КАС РФ аналогично соответствующим нормам ГПК РФ. Таким образом, процедура рассмотрения административных дел осталась в основном неизменной. Административные дела, рассматриваемые по новому кодексу, следующие (ч. 2 ст. 1 КАС РФ):

- 1) об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части;
- 2) об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, иных государственных органов, органов военного управления, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих;
- 3) об оспаривании решений, действий (бездействия) некоммерческих организаций, наделенных отдельными государственными или иными публичными полномочиями, в том числе саморегулируемых организаций;
- 4) об оспаривании решений, действий (бездействия) квалификационных коллегий судей;
- 5) об оспаривании решений, действий (бездействия) Высшей экзаменационной комиссии по приему квалификационного экзамена на должность судьи и экзаменационных комиссий субъектов РФ по приему квалификационного экзамена на должность судьи (далее — экзаменационные комиссии);
- 6) о защите избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ;
- 7) о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок по делам, рассматриваемым судами общей юрисдикции, или права на исполнение судебного акта суда общей юрисдикции в разумный срок (в настоящее время такие дела рассматриваются в порядке искового производства (гл. 22.1 ГПК РФ)).

Суды общей юрисдикции согласно КАС РФ также рассматривают и разрешают подведомственные им административные дела, связанные с осуществлением обязательного судебного контроля за соблюдением прав и свобод человека и гражданина, прав организаций при реализации отдельных административных властных требований к физическим лицам и организациям, в том числе административные дела:

- 1) о приостановлении деятельности или ликвидации политической партии, ее регионального отделения или иного структурного подразделения, другого общественного объединения, религиозной и иной некоммерческой организации, а также о запрете деятельности общественного объединения или религиозной организации, не являющихся юридическими лицами, об исключении сведений о некоммерческой организации из государственного реестра;
- 2) о прекращении деятельности средств массовой информации;
- 3) о взыскании денежных сумм в счет уплаты установленных законом обязательных платежей и санкций с физических лиц;
- 4) о помещении иностранного гражданина или лица без гражданства, подлежащих депортации или передаче Российской Федерацией иностранному государству в соответствии с международным договором РФ о реадмиссии, либо принимаемых Российской Федерацией иностранного гражданина или лица без гражданства, переданных иностранным государством Российской Федерации в соответствии с международным договором РФ о реадмиссии, но не имеющих законных оснований для пребывания

(проживания) в РФ (далее — иностранный гражданин, подлежащий депортации или реадмиссии), в предназначенное для этого учреждение, предусмотренное федеральным законом, регулирующим правовое положение иностранных граждан в РФ (далее — специальное учреждение), и о продлении срока пребывания иностранного гражданина в специальном учреждении (далее — административные дела о временном помещении иностранного гражданина, подлежащего депортации или реадмиссии, в специальное учреждение и о продлении срока пребывания иностранного гражданина, подлежащего депортации или реадмиссии, в специальном учреждении);

5) об установлении, о продлении, досрочном прекращении административного надзора, а также о частичной отмене или дополнении ранее установленных поднадзорному лицу административных ограничений (далее — административные дела об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы);

6) о госпитализации гражданина в медицинскую организацию, оказывающую психиатрическую помощь в стационарных условиях, в недобровольном порядке, о продлении срока госпитализации гражданина в недобровольном порядке или о психиатрическом освидетельствовании гражданина в недобровольном порядке;

7) о госпитализации гражданина в медицинскую противотуберкулезную организацию в недобровольном порядке;

8) иные административные дела о госпитализации гражданина в медицинскую организацию непсихиатрического профиля в недобровольном порядке.

Положения КАС РФ не распространяются на производство по делам об административных правонарушениях, а также на производство по делам об обращении взыскания на средства бюджетной системы Российской Федерации. Это связано с тем, что в делах о наложении административных взысканий и их обжаловании реализуется уголовно-правовой тип охранительных отношений. Поэтому законодатель не соединил в рамках одного процесса деятельность суда по рассмотрению дел о наложении административных взысканий и дел по оспариванию действий, актов, решений государственных органов и должностных лиц, где различия типов охранительных правоотношений требуют принципиально по-разному построенных процессов.

КАС РФ построен на основе правосудных и «управленческих» (охранительных) функций суда с возможностью рассмотрения им не только споров, но и требующих судебного участия бесспорных вопросов. Это будет широкая административная юстиция. Произошла дифференциация административного судопроизводства на исковое (спорное) и особое (бесспорное) с разработкой единого раздела с общими правилами для всех видов; подразделов с общими правилами искового и особого производств; отдельных положений с особенностями рассмотрения каждой категории дел внутри искового и особого производств. При таком подходе особое производство в административном судопроизводстве будет составлять весомую часть кодекса, так как большинство сегодняшних дел особого производства в гражданском процессе с материально-правовой точки зрения включают в себя «административный элемент».

Также большой интерес вызывает проект № 703192-6 Кодекса РФ об административных правонарушениях (общая часть), внесенный в Государственную Думу и одобренный на заседании Комиссии по законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации 01.06.2015. Одной из основных задач проекта стало обеспечение единства, последовательности и внутренней непротиворечивости регулирования всего комплекса общественных отношений, составляющих правовой институт административной ответственности.

Уточнены подходы к определению содержания ряда ключевых для института административной ответственности понятий. В частности, в проекте закреплена такая существенная характеристика административного правонарушения, как причинение вреда охраняемым законом общественным интересам (общественная вредность). При этом в зависимости от характера и степени такого вреда предлагается выделить категории грубых административных правонарушений, значительных административных правонарушений и менее значительных административных правонарушений.

Для каждой из названных категорий административных правонарушений установлены особые сроки давности привлечения к административной ответственности, особенности производства по делам об административных правонарушениях, максимальные административные наказания, которые могут быть установлены за правонарушения, отнесенные к каждой категории. Все это позволит обеспечить более полную индивидуализацию административного наказания, сделать административное наказание в большей степени соответствующим характеру содеянного.

При подготовке проекта Общей части Кодекса особое внимание было уделено реализации правовых позиций Конституционного Суда России в отношении целого ряда положений действующего КоАП РФ. В частности, в проекте закреплены требования, касающиеся точности, недвусмысленности и формальной определенности нормы, устанавливающей административную ответственность за совершение конкретного деяния, сформулированы требования справедливости и соразмерности административного наказания, предусмотрена возможность назначения административного наказания ниже низшего предела, предусмотренного санкцией применяемой нормы.

Также при подготовке проекта учитывалась сложившаяся в период с 2002 года судебная практика, обобщенная в постановлениях Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда России, правоприменительная практика федеральных органов исполнительной власти. В частности, с учетом судебной практики определено содержание вызвавших значительные затруднения на практике понятий «длящееся административное правонарушение», «неоднократное административное правонарушение», «повторное административное правонарушение».

Перечень видов административного наказания расширен за счет включения в него исправительных работ, отбываемых по месту основной работы лицом, привлеченным к административной ответственности с удержанием части заработка в доход государства, лишения специального разрешения (лицензии), административного запрета на посещение публичных и иных массовых мероприятий, определенных общественных мест, а также на пользование услугами авиаперевозчиков в качестве пассажиров, ликвидации юридического лица или прекращения деятельности в качестве индивидуального предпринимателя. Такое расширение перечня видов административного наказания позволит применять новые меры административного принуждения по единым процессуальным правилам, а также повысить точность и эффективность реагирования государства на противоправные деяния.

Важной новеллой проекта является норма, предусматривающая освобождение от административной ответственности в виде административного штрафа, если будет установлено, что исполнение такого административного наказания может повлечь за собой невозможность исполнения обязанности, за неисполнение которой лицо привлекается к административной ответственности, если такое лицо возместило причиненный правонарушением имущественный ущерб, либо если вследствие исполнения административного наказания охраняемым законом общественным отношениям может быть причинен вред больший, чем вред, причиненный в результате совершения административного правонарушения.

В России имеется богатый опыт функционирования института административной юстиции и в нем много поучительного. История отечественного законодательства административного судопроизводства и административной юстиции может помочь в реформировании современного законодательства в данной сфере. Ошибки прошлого нужно не забывать и не допускать их повторения в будущем.

История административной юстиции наглядно рисует нам очень важный факт — до сего дня не существует единого, общего, даже обобщающего взгляда на существо института административной юстиции. Нет юридических определений основных понятий: «административный процесс», «административно-юрисдикционное дело», «административный спор», «административная юстиция», «административное судопроизводство» и др. Не обозначены их предмет, содержание, границы и объем.

Главная цель административной юстиции в любой стране, в том числе в России — создание возможности быстро, справедливо и на законной основе выстраивать отношения невластных субъектов с публичной властью. Развитие и совершенствование административной юстиции — важная гарантия прав невластных субъектов, значимый этап в реализации административной реформы в нашей стране. Предложения о необходимости создания системы административной юстиции, которая не только будет способствовать реализации положений Конституции РФ об оперативном доступе к правосудию, но и позволит освободить суды от не свойственных им функций, являются обоснованными и актуальными в условиях современной правовой действительности.



Библиография

- Бахрах Д.Н. Административно-процессуальная деятельность администрации // Административное право и процесс. 2009. № 3. С. 2–6.
- Бурков А.Л. К вопросу об отраслевой принадлежности института административной юстиции // Журнал российского права. 2003. № 4. С. 62–67.
- Волчецкая Т.С. Становление административной юстиции в Российской Федерации и Литовской Республике // Журнал российского права. 2003. № 8. С. 93–101.
- Гаджиев Г. Конституционно-правовые ориентиры при создании системы административных судов в Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 3 (52). С. 163–167.
- Дерновой В.Б. Развитие системы административной юстиции в Российской Федерации // Российская юстиция. 2005. № 4. С. 2–11.
- Единин Б.А. Формирование административной юстиции в России: некоторые вопросы теории и практики // Российский судья. 2004. № 11. С. 17–21.
- Зеленцов А.Б. Административное судебное право: концептуальные проблемы формирования // Административное право и процесс. 2015. № 2. С. 39–46.
- Зеленцов А.Б., Радченко В.И. Административная юстиция в России (история и современность). Учебное пособие для судей. М.: Изд-во Российской академии правосудия, 2001. 119 с.
- Лазаревский Н.И. Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами: Догматическое исследование. СПб.: Слово, 1905. XV, 16 с.
- Николаева Л.А. Административная юстиция и административное судопроизводство: зарубежный опыт и российские традиции. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 332 с.
- Панов А.Б. Административная ответственность юридических лиц. М.: Норма, 2013. 193 с.
- Панова И.В. Административно-процессуальное право России. 4-е изд. М.: Норма, 2016. 288 с.
- Панова И.В. Понятие и виды административных процедур // Ученые труды Российской Академии адвокатуры и нотариата. 2016. № 1. С. 25–30.
- Радченко В.И. Административные суды призваны защитить человека от произвола недобросовестных чиновников // Российская юстиция. 2004. № 3. С. 2–5.

Старилов Ю.Н. и др. Административное судопроизводство в Российской Федерации: развитие теории и формирование административно-процессуального законодательства / Сер.: Юбилей, конференции, форумы. Вып. 7. Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2013. 1060 с.

Development of Administrative Judgment Proceeding and Administrative Justice in Russia



Panova I.V.

Professor, Constitutional and Administrative Law Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: ipanova@hse.ru



Abstract

The paper presents the historical aspect of the development of administrative justice in Russia. A wide historical period is studied beginning with the pre-revolutionary period and ending on the present stage. Besides, the paper analyzes historical and legal documents on the issues under consideration to generalize. The author points out that Russia has a rich experience of the institute of administrative justice. The history of the development of domestic legislation administrative proceedings and administrative justice can help in reforming the modern legislation in this area as the mistakes of the past must not be forgotten and repeated in the future. The paper emphasizes that the current administrative procedural legislation provides for two procedures of reviewing decisions on administrative offences: prejudicial and judicial. At that, the choice of a specific grievance procedure of a decision on a case on administrative offence is provided to a person brought to justice on administrative case (delinquent). The history of administrative justice clearly shows the fact: until now no even generalizing view to the nature of the institution of administrative justice has existed. No definitions are shaped for fundamental concepts of *administrative process*, *administrative and jurisdiction case*, *administrative dispute*, *administrative justice*, *administrative legal proceedings* etc. the same may be said on the subject matter, content and scope. The main objective of administrative justice in any country including Russia is creating an opportunity to establish relations between the subject without authority and public power on a clear, expedient and legal basis. The development and improvement of administrative justice is an important guarantee of rights for the subject without authority, a significant step as to implementing administrative reform in Russia. It should be noted that the ideas on establishing the system of administrative justice which would promote to the implementation of the RF constitution provision on the operative access to justice but will free courts from irrelevant functions, which is justified and topical in the contemporary legal setting.



Keywords

administrative complaint, administrative reform, administrative justice, pre-trial appeal, the pre-revolutionary right, claim procedure, Russian Federation Administrative Offences Code.

Citation: Panova I.V. (2017) Development of Administrative Proceedings and Administrative Justice in Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 32–41 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.32.41



References

Bakhrakh D.N. (2009) Administrativno-protsessual'naya deyatel'nost' administratsii [Administrative and Procedural Activity of Administration]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 3, pp. 2–6.

Burkov A.L. (2003) K voprosu ob otraslevoy prinadlezhnosti instituta administrativnoy yustitsii [On Branch of Administrative Justice Institution]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 4, pp. 62–67.

Dernovoy V.B. (2005) Razvitie sistemy administrativnoy yustitsii v Rossiyskoy Federatsii [Administrative Justice in the Russian Federation] *Rossiyskaya yustitsiya*, no 4, pp. 2–11.

- Gadzhiev G. (2005) Konstitutsionno-pravovye orientiry pri sozdanii sistemy administrativnykh sudov v Rossiyskoy Federatsii [Constitutional Law Framework to establish the System of Administrative Courts in the Russian Federation]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no 3, pp. 163–167.
- Edidin B.A. (2004) Formirovanie administrativnoy yustitsii v Rossii: nekotorye voprosy teorii i praktiki [Formation of Administrative Justice in Russia: Issues of Theory and Practice]. *Rossiyskiy sud'ya*, no 11, pp. 17–21.
- Lazarevskiy N.I. (1905) *Otvetstvennost' za ubytki, prichinennye dolzhnostnymi litsami* [Liability for the Damages brought by Officials]. Saint Petersburg: Slovo, XV, 16 p. (in Russian)
- Nikolaeva L.A. (2004) *Administrativnaya yustitsiya i administrativnoe sudoproizvodstvo: zarubezhnyy opyt i rossiyskie traditsii* [Administrative Justice and Administrative Proceeding: Foreign Experience and Russian Traditions]. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press, 332 p. (in Russian)
- Panov A.B. (2013) *Administrativnaya otvetstvennost' yuridicheskikh lits* [Administrative Liability of Legal Persons]. Moscow: Norma, 193 p. (in Russian)
- Panova I.V. (2016) *Administrativno-protsessual'noe pravo Rossii. Uchebnyk* [Administrative Procedure Law in Russia. Textbook]. Moscow: Norma, 288 p. (in Russian)
- Panova I.V. (2016) Ponyatie i vidy administrativnykh protsedur [Concept and Types of Administrative Procedures]. *Uchenye trudy Rossiyskoy Akademii advokatury i notariata*, no 1, pp. 25–30.
- Radchenko V.I. (2004) Administrativnye sudy prizvany zashchitit' cheloveka ot proizvola nedobrosovestnykh chinovnikov [Administrative Courts Should Protect a Person from Red Tape]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 3, pp. 2–5.
- Starilov Yu.N. (2013) Administrativnoe sudoproizvodstvo v Rossiyskoy Federatsii: razvitie teorii i formirovanie administrativno-protsessual'nogo zakonodatel'stva [Administrative Proceedings in the Russian Federation: Theory and Development of Administrative Procedural Legislation]. *Yubilei, konferentsii, forumy*. Vyp. 7. Voronezh: Voronezhskiy gosudarstvennyi universitet, 1060 p.
- Volchetskaya T.S. (2003) Stanovlenie administrativnoy yustitsii v Rossiyskoy Federatsii i Litovskoy Respublike [Administrative Justice in the Russian Federation and the Republic of Lithuania]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 93–101.
- Zelentsov A.B. (2015) Administrativnoe sudebnoe pravo: kontseptual'nye problemy formirovaniya [Administrative Court Law: Conceptual Problems of Formation]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 2, pp. 39–46.
- Zelentsov A.B., Radchenko V.I. (eds.) (2001) *Administrativnaya yustitsiya v Rossii (istoriya i sovremennost')* [Administrative Justice in Russia (Past and Present)]. Moscow: Rossiyskaya akademiya pravosudiya, 119 p. (in Russian)

Административный порядок защиты гражданских прав



О.А. Кузнецова

профессор кафедры гражданского права Пермского государственного национального исследовательского университета, доктор юридических наук. Адрес: 614990, Российская Федерация, Пермь, ул. Букирева, 15. E-mail: kuznetsova_psu@mail.ru



Аннотация

Административный порядок защиты гражданских прав в Российской Федерации нормативно допускается без малого 100 лет. При этом серьезная доктринальная база под эту нормативную основу до сих пор не подведена. Научные и комментаторские суждения об этом порядке защиты гражданских прав настолько фрагментарны и противоречивы, что остаются абсолютно непонятными ее сущность и назначение, условия и сферы применения, эффективность и перспективы дальнейшего использования. Цель статьи — отграничение административного порядка гражданско-правовой защиты права от административной защиты гражданских прав и установление субъектов, объектов и видов административного порядка защиты гражданских прав. При написании статьи использовались общенаучные методы исследования (формальной и диалектической логики, сравнения, описания, интерпретации) и частнонаучные методы познания (юридико-догматический, юридико-герменевтический). В результате исследования сделан вывод, что, в отличие от административно-правовой защиты гражданских прав, носящей карательный, штрафной характер, использование административного порядка гражданско-правовой защиты приводит к реальному восстановлению нарушенного гражданского права через применение способов защиты, не являющихся мерами административной или иной публично-правовой ответственности. Объектами, осуществляемой в административном порядке гражданско-правовой защиты, подпадающими под действие п. 2 ст. 11 ГК РФ, могут быть только нарушенные субъективные гражданские права. Субъектами, реализующими административный порядок защиты гражданских прав, являются только субъекты, наделенные публичными полномочиями. Механизм реализации административного порядка защиты гражданских прав будет различаться в зависимости от того, в каких отношениях — координации или субординации — находится нарушитель права с потерпевшим. В первом случае управомоченное лицо обращается с заявлением к субъекту, осуществляющему защиту, как в квазисудебный орган, во втором — с жалобой в вышестоящий орган или к вышестоящему лицу на решение нижестоящего. С учетом выявленных преимуществ административного порядка гражданско-правовой защиты перед судебным (простота, быстрота, бесплатность, возможность последующего судебного контроля), сфера его использования должна расширяться. Гражданское законодательство нуждается в детальной регламентации способов гражданско-правовой защиты, подлежащих применению в административном порядке.



Ключевые слова

гражданско-правовая защита, судебный порядок защиты права, административный порядок защиты права, гражданско-правовые способы защиты права, субъекты гражданско-правовой защиты, объекты гражданско-правовой защиты.

Библиографическое описание: Кузнецова О.А. Административный порядок защиты гражданских прав // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 42–58.

JEL: K10; УДК: 342.9

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.42.58

Введение

Гражданское право и законодательство традиционно основываются на судебном порядке защиты. В Своде законов гражданских Российской Империи регламентировалось, что каждый имеет право отыскивать свое имущество из чужого неправильного владения судом (п. 691), и в случаях неисполнения по договорам и обязательствам, а также в случае обид, ущербов и убытков искать удовлетворения и вознаграждения посредством суда (п. 693)¹. В проекте Гражданского уложения Российской Империи устанавливалось: «Каждое гражданское право в случае потребности в его признании и охранении пользуется судебной защитой» (п. 98)². Дореволюционное российское право наряду с судебной защитой гражданских прав допускало лишь самозащиту (необходимая оборона, крайняя необходимость и т.п.)³.

Первый советский Гражданский кодекс сохранил правило о судебной защите нарушенного права, допустив при этом административный порядок («установленный особым постановлением») рассмотрения имущественных споров между органами государства (ст. 2 ГК РСФСР, 1922). ГК РСФСР (1964) прямо ввел возможность защиты гражданских прав в административном порядке (ст. 6). Норма сохранилась в п. 1 ст. 6 Основ гражданского законодательства СССР (1991), в котором указывалось, что такая защита допустима «в случаях, специально предусмотренных законодательными актами», и в п. 2 ст. 11 действующего Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), допускающем защиту гражданских прав в административном порядке в случаях, предусмотренных законом.

Во многих научных изданиях административный порядок защиты гражданских прав необоснованно сводится к возможности применения административных наказаний за административные правонарушения в сфере гражданского оборота, а комментаторская литература к п. 2 ст. 11 ГК РФ обильно иллюстрируется статьями из КоАП РФ. Так, при комментировании ст. 11 ГК РФ отмечается, что «административными правонарушениями могут быть нарушены такие права участников хозяйственного общества, как право на получение информации (ст. 15.19 КоАП), право на участие в управлении хозяйственным обществом (ст. 15.20 КоАП) и иные корпоративные права»⁴. В другом издании указывается, что административный порядок защиты гражданских прав заемщика заключается, помимо прочего, в «привлечении виновных к административно-правовой ответственности, рассмотрении жалоб на административные постановления о привлечении к административной ответственности»⁵.

При объяснении административного порядка защиты гражданских прав отмечается также, что в административном законодательстве «перечислены некоторые нарушения норм гражданского права, например нарушение правил перевозки автомобильным транспортом тяжеловесных грузов, провоза багажа и грузобагажа, безбилетный проезд пасса-

¹ Кодификация российского гражданского права: Свод законов гражданских Российской империи. Проект Гражданского уложения Российской Империи. Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. Гражданский кодекс РСФСР 1964 г. Екатеринбург, 2003. С. 148.

² Там же. С. 341.

³ Там же. С. 610.

⁴ Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М., 2008 // СПС КонсультантПлюс.

⁵ Тужилова-Орданская Е.В. Административный порядок защиты прав заемщика по договору потребительского кредита (займа) / 20 лет Гражданскому кодексу Российской Федерации: итоги, тенденции и перспективы развития: материалы междунар. конф. (Ульяновск, 12 декабря 2014 г.) / под ред. Н. А. Барина, С. Ю. Морозова. М., 2015. С. 212–213.

жира. Отношения по перевозке грузов и пассажиров являются гражданско-правовыми. Однако за указанное нарушение установлена не только гражданско-правовая, но и административная ответственность, которая наступает в порядке, предусмотренном КоАП»⁶.

Бесспорно, гражданские права могут быть нарушены различными отраслевыми правонарушениями и защищаются не только гражданским правом, но и всеми публично-правовыми отраслями права⁷. Однако, на наш взгляд, упоминание в гражданском законодательстве административного порядка защиты гражданских прав вообще не предполагает мер административной ответственности. В противном случае возникает, как минимум, вопрос: а почему ГК РФ не упоминает о возможности, например, уголовно-правового, дисциплинарного порядка защиты нарушенных гражданских прав?

Кроме того, в ряде публикаций административный порядок защиты гражданских прав ограничивается исключительно возможностью обжалования решения вышестоящему лицу или органу. Так, например, указывается, что «применение административного порядка требует, чтобы инстанция, куда обращаются за защитой, являлась вышестоящей, т.е. обладала в отношении нижестоящей инстанции, на которую подается жалоба, административными полномочиями»⁸.

При этом не учитывается, что субъективные гражданские права могут быть нарушены лицом, которое находится с потерпевшим в отношениях либо координации, либо субординации. Например, покупатель-потребитель и продавец находятся в отношениях равенства, координации, а обладатель интеллектуальных прав и Роспатент, — в отношениях власти и подчинения, субординации. В обоих случаях допустима защита гражданских прав в административном порядке, однако механизм такой защиты будет различным. В первом случае потерпевший будет обращаться к уполномоченному органу или лицу с требованием применить конкретный способ защиты, предусмотренный ст. 12 ГК РФ или иными законами. Потребитель за защитой своих прав, нарушенных продавцом, может обратиться в государственные органы Роспотребнадзора, хотя последние с продавцом и не соотносятся как вышестоящий и нижестоящий органы. Во втором случае потерпевший будет обращаться с жалобой в вышестоящий административный орган или к вышестоящему лицу на принятое нижестоящим органом или лицом решение, нарушающее гражданское право.

Административный порядок гражданско-правовой и административно-правовой защиты нарушенного гражданского права: соотношение понятий

Сама процедура административного порядка защиты гражданских прав устанавливается нормами административного права⁹, точно так же, как процедура судебного

⁶ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 3 т. / под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2006. Т. 1. Комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 52.

⁷ См., напр.: Амагыров А.В., Цыремпилова Е.Б. Особенности публично-правовой защиты (охраны) личных нематериальных благ // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 13–29; Шматко А.В. Административно-правовые механизмы защиты прав потребителей: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2008. 27 с.

⁸ Курбатов А.Я. Защита прав и законных интересов в условиях «модернизации» правовой системы России. М., 2013 // СПС КонсультантПлюс.

⁹ Яковлев В.Ф. Гражданское право в системе права / Избранные труды. Т. 2: Гражданское право: История и современность. Кн. 1. М., 2012. С. 748.

порядка защиты регламентируется нормами процессуального права. Однако способ гражданско-правовой защиты должен приводить к достижению цели именно *гражданско-правовой* защиты нарушенного права — реальному восстановлению права, а не только к публично-правовой каре правонарушителя.

Представляется неверным в контексте ст. 11 ГК РФ противопоставление гражданско-правового и административно-правового порядков защиты гражданских прав. Гражданско-правовая защита нарушенного права осуществляется как в судебном, так и во внесудебном (административном) порядке. Возможен и административный, и судебный порядок гражданско-правовой защиты. Именно такая защита охватывается предметом гражданского права.

Существует также административный (внесудебный) порядок и судебный порядок административно-правовой защиты нарушенных гражданских прав, который реализуется при привлечении к административной ответственности уполномоченным лицом или судом за нарушение субъективного гражданского права¹⁰. В таком порядке реализуются не гражданско-правовые, а административно-правовые способы защиты гражданских прав¹¹. Однако подобная защита является предметом изучения и регулирования исключительно административного права, несмотря на то, что нарушается субъективное гражданское право.

К примеру, при мелком хищении имущества (ст. 7.27 КоАП) действительно нарушается субъективное гражданское право — право собственности. За это административное правонарушение следуют такие административные наказания, как наложение административного штрафа в размере до пятикратной стоимости похищенного имущества, но не менее одной тысячи рублей, либо административный арест на срок до 15 суток, либо обязательные работы на срок до пятидесяти часов. Однако ни одна из этих административных мер реагирования на нарушение права собственности не приводит к его восстановлению, и, как следствие, мы не можем говорить о том, что состоялась его гражданско-правовая защита. Это пример судебного порядка административно-правовой защиты права собственности, поскольку за это правонарушение привлекает к ответственности только суд. Ничего гражданско-правового в этом охранительном правоотношении нет.

Для квалификации защиты права как гражданско-правовой важно, чтобы в результате реализации административного порядка защиты происходило реальное восстановление нарушенного гражданского права потерпевшего. В целом привлечение виновного к дисциплинарной, административной или уголовной ответственности за нарушение субъективного гражданского права не совпадает с защитой нарушенного права в гражданско-правовом смысле. Использование административного порядка гражданско-правовой защиты должно приводить к реальному восстановлению нарушенного гражданского права через применение соответствующих способов защиты прав.

¹⁰ В связи с этим необоснованно относить административно-правовую защиту права исключительно к внесудебной защите нарушенных прав (многие административно-правовые меры защиты можно реализовать только в суде). См., напр.: *Володина О.В.* Административно-правовая защита интеллектуальных прав // Вестник МГУПИ. 2014. № 54. С. 86. С. 85–90.

¹¹ См., напр.: *Клейменова М.О.* Административно-правовые способы защиты исключительных прав на фирменное наименование // Бизнес в законе. 2010. № 3. С. 144–147; *Ситдикова Р.И.* Административно-правовые способы защиты авторских прав // Российская юстиция. 2011. № 8. С. 7–8.

Объекты гражданско-правовой защиты, осуществляемой в административном порядке

В гражданском праве мы можем вести речь хотя и об административном порядке защиты, но именно гражданских прав. Поэтому, на наш взгляд, необоснованно приводить¹² в качестве примера административной защиты гражданских прав ст. 138 Налогового кодекса РФ, позволяющую обжаловать в вышестоящий налоговый орган акты налоговых органов ненормативного характера, действия или бездействие их должностных лиц. В большинстве случаев (за исключением полномочий налоговых органов по ведению государственных реестров) подобными актами, действиями и бездействием нарушаются субъективные налоговые права налогоплательщиков — и ст. 11 ГК РФ вообще не должна применяться в таких отношениях.

Еще более странной выглядит ссылка на ст. 11 ГК РФ в следующих спорных отношениях: «Наложение в порядке подчиненности руководителем территориального органа ФССП России дисциплинарное взыскание объявляется приказом под роспись судебного пристава-исполнителя. При несогласии с принятым в административном порядке решением последний вправе обжаловать его в суд (п. 2 ст. 11 ГК РФ)»¹³.

В качестве иллюстрации административного порядка защиты гражданских прав приводится также обжалование «решения о наложении на гражданина штрафа в административном порядке»¹⁴. На наш взгляд, это исключительно административно-правовые отношения, которые не должны ни регулироваться, ни защищаться нормами гражданского права, иначе мы будем вынуждены включить в сферу гражданско-правовой защиты и обжалование приговоров по уголовным делам, поскольку любые публичные наказания так или иначе затрагивают гражданские права (право собственности, свободу передвижения и т.п.).

Следует отметить, что российскому законодательству известно множество случаев защиты нарушенных прав в порядке обжалования по иерархической подчиненности. Однако далеко не всякое обжалование действий и бездействий органов и должностных лиц касается гражданских прав. В частности, ст. 40 Закона «О гражданстве Российской Федерации» предусматривает, что отказ в рассмотрении заявления по вопросам гражданства РФ и иные нарушающие порядок производства по делам о гражданстве РФ, как и порядок исполнения решений по вопросам гражданства РФ действия должностных лиц полномочных органов, ведающих делами о гражданстве, могут быть обжалованы вышестоящему в порядке подчиненности должностному лицу либо в суд¹⁵. В таком порядке рассматриваются жалобы в сфере приобретения гражданства, выдаче паспорта гражданина России и т.п.¹⁶ Обжаловать в порядке подчиненности можно действие (без-

¹² Курбатов А.Я. Указ. соч.; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / под ред. О.Н. Садикова. М., 2006. С. 48.

¹³ Донцов Е.М., Донцова Т.К. Исполнение судебных актов, актов других органов и должностных лиц в отношении имущества физических лиц: науч.-практ. пособие. М.: Волтерс Клувер, 2010 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁴ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (часть первая) (постатейный) / под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2003. С. 53.

¹⁵ Федеральный закон от 31.05.2002 № 62-ФЗ (ред. от 01.05.2016) «О гражданстве Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 22. Ст. 2031.

¹⁶ Определение Верховного Суда РФ от 02.12.2015 № 83-КГ15-13; Апелляционное определение Московского городского суда от 24.12.2013 по делу № 11-42903; Постановление президиума Московского областного суда от 15.06.2005 № 334 // СПС КонсультантПлюс.

действие) и решения структурных подразделений и должностных лиц Росстандарта, принятые в ходе оказания государственной услуги по предоставлению документов и сведений, содержащихся в Федеральном информационном фонде по обеспечению единства измерений¹⁷.

Также подлежат обжалованию решение и (или) действие (бездействие) территориальных органов Пенсионного фонда РФ, их должностных лиц при установлении страховых пенсий, накопительной пенсии и пенсий по государственному пенсионному обеспечению гражданам, выехавшим на постоянное жительство за пределы территории России¹⁸. Подлежат обжалованию решения и действия (бездействие) должностных лиц Пенсионного фонда и его территориальных органов по выдаче государственного сертификата на материнский (семейный) капитал¹⁹, а также по информированию застрахованных лиц о состоянии их индивидуальных лицевых счетов в системе обязательного пенсионного обеспечения²⁰.

Обжалуются в порядке подчиненности решения и действия (бездействие) должностных лиц Федеральной службы РФ по контролю за оборотом наркотиков по выдаче заключений об отсутствии у определенных работников непогашенной или неснятой судимости за преступление средней тяжести, тяжкое, особо тяжкое преступление или преступление, связанное с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров либо с незаконным культивированием наркосодержащих растений²¹. Обжалуются решения и действия (бездействие) должностных лиц Мини-

¹⁷ Приказ Минпромторга России от 25.06.2014 № 1213 (ред. от 28.08.2015) «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии государственной услуги по предоставлению документов и сведений, содержащихся в Федеральном информационном фонде по обеспечению единства измерений» (п. 58) // Российская газета. 2014. № 297.

¹⁸ Приказ Минтруда России от 06.06.2016 № 279н «Об утверждении Административного регламента предоставления Пенсионным фондом Российской Федерации государственной услуги по установлению страховых пенсий, накопительной пенсии и пенсий по государственному пенсионному обеспечению гражданам, выехавшим на постоянное жительство за пределы территории Российской Федерации» (п. 108) [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 21.09.2016)

¹⁹ Приказ Минтруда России от 29.10.2012 № 345н (ред. от 01.09.2016) «Об утверждении Административного регламента предоставления Пенсионным фондом Российской Федерации и его территориальными органами государственной услуги по выдаче государственного сертификата на материнский (семейный) капитал» // Российская газета. 2013. № 62.

²⁰ Приказ Минтруда России от 12.08.2014 № 547н «Об утверждении Административного регламента предоставления Пенсионным фондом Российской Федерации государственной услуги по информированию застрахованных лиц о состоянии их индивидуальных лицевых счетов в системе обязательного пенсионного страхования согласно федеральным законам «Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе обязательного пенсионного страхования» и «Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации» // Российская газета. 2014. № 229.

²¹ Приказ ФСКН России от 29.12.2011 № 580 (ред. от 11.08.2014) «Об утверждении Административного регламента Федеральной службы Российской Федерации по контролю за оборотом наркотиков по предоставлению государственной услуги по выдаче заключений об отсутствии у работников, которые в соответствии со своими служебными обязанностями должны иметь доступ к наркотическим средствам, психотропным веществам, внесенным в Список I прекурсоров или культивируемым наркосодержащим растениям, непогашенной или неснятой судимости за преступление средней тяжести, тяжкое, особо тяжкое преступление или преступление, связанное с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров либо с незаконным культивированием наркосодержащих растений, в том числе за преступление, совершенное за пределами Российской Федерации» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2012. № 26.

стерства внутренних дел Российской Федерации по выдаче справок о реабилитации жертв политических репрессий²².

Однако все указанные отношения не являются гражданско-правовыми, нарушаемые субъективные права нельзя отнести к гражданско-правовым; как следствие, они не могут анализироваться в рамках цивилистической доктрины. При возникновении споров в таких отношениях п. 2 ст. 11 ГК РФ не подлежит применению.

Таким образом, объектами осуществляемой в административном порядке гражданско-правовой защиты, подпадающими под действие п. 2 ст. 11 ГК РФ, могут быть только нарушенные субъективные гражданские права.

Субъекты, осуществляющие гражданско-правовую защиту нарушенных гражданских прав в административном порядке

Оговоримся, что субъектами, реализующими административный порядок защиты гражданских прав, являются только субъекты, наделенные публичными полномочиями. В литературе предлагается ошибочное расширительное толкование п. 2 ст. 11 ГК РФ: «...в суд могут быть обжалованы не только решения, принятые в административном порядке, но и решения юридических лиц, а также их органов управления и т.п.»²³. Бесспорно, решения органов управления юридических лиц подлежат оспариванию, однако не через п. 2 ст. 11 ГК РФ, который касается только решений, действий, бездействия субъектов, наделенных публичными полномочиями.

Например, в соответствии со ст. 9 закона «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» действия (бездействие) государственных и иных органов, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц и иных юридических и физических лиц, затрагивающие право граждан РФ на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах РФ, могут быть обжалованы гражданами в вышестоящий в порядке подчиненности орган, вышестоящему в порядке подчиненности должностному лицу либо непосредственно в суд²⁴. Как мы видим из этой статьи, административный порядок защиты нарушенного гражданского права на свободу передвижения, выбор места жительства и пребывания допускается только, если оно нарушено государственным органом или должностным лицом. При его нарушении другими субъектами (организациями, юридическими, физическими лицами) возможна защита только в судебном порядке.

Защиту гражданских прав в порядке обжалования по иерархической подчиненности осуществляют органы, организации и лица, наделенные публичными полномочиями. Согласно ст. 218 Кодекса административного судопроизводства Российской Фе-

²² Приказ МВД России от 23.11.2011 № 1165 (ред. от 19.02.2015) «Об утверждении Административного регламента Министерства внутренних дел Российской Федерации по предоставлению государственной услуги по выдаче справок о реабилитации жертв политических репрессий» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2012. № 18.

²³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая / под ред. А.П. Сергеева. М., 2010. С. 65.

²⁴ Закон РФ от 25.06.1993 № 5242-1 (ред. от 02.06.2016) «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» // Российская газета. 1993. № 152.

дерации гражданин, организация, иные лица могут обратиться непосредственно в суд или оспорить решения, действия (бездействие) органа, организации, лица, наделенных государственными или иными публичными полномочиями, в вышестоящие в порядке подчиненности орган, организацию, у вышестоящего в порядке подчиненности лица либо использовать иные внесудебные процедуры урегулирования споров²⁵.

Таким образом, выделяются две группы субъектов, осуществляющих гражданско-правовую защиту в административном порядке по иерархической подчиненности.

Во-первых, это орган или лицо, наделенное государственными или иными публичными полномочиями. Здесь речь идет об осуществляющих защиту гражданских прав органах государственной власти и местного самоуправления и уполномоченных на рассмотрение жалобы должностных лицах, которым может быть направлена жалоба. Важно, что административная жалоба на нарушение гражданских прав рассматривается не обязательно в вышестоящем органе — это возможно в том же самом органе, но вышестоящим должностным лицом. Например, в органе регистрации, регистрирующем маломерные суда, рассматриваются жалобы на решения и действия (бездействие) ответственных лиц органа регистрации. Если обжалуются решения руководителя этого органа регистрации, жалоба подается в вышестоящий орган (в порядке подчиненности)²⁶.

Во-вторых, это организации, наделенные государственными или иными публичными полномочиями. В частности, Государственная корпорация по атомной энергии «Росатом» дает учреждениям «Росатома», его акционерным обществам и их дочерним, зависимым обществам, а также подведомственным «Росатому» предприятиям разрешения на строительство объектов использования атомной энергии, при строительстве, реконструкции которых допускается изъятие земельных участков для государственных нужд, и дает таким юридическим лицам разрешения на ввод в эксплуатацию указанных объектов. При этом лицо, обратившееся за разрешениями, имеет право подать жалобу на решение и (или) действия (бездействие) Корпорации и (или) ее должностных лиц²⁷.

Субъектами, защищающими права, нарушенные лицами, состоящими с потерпевшим в отношениях равенства, также могут быть только субъекты, наделенные публичными полномочиями (указанные в законе уполномоченные органы и должностные лица).

²⁵ Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 № 21-ФЗ (ред. от 03.07.2016) // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391.

²⁶ Приказ МЧС России от 24.06.2016 № 339 «Об утверждении Административного регламента Министерства Российской Федерации по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий предоставления государственной услуги по государственной регистрации маломерных судов, поднадзорных Государственной инспекции по маломерным судам Министерства Российской Федерации по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий» (п. 112–113) [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 29.08.2016)

²⁷ Приказ Госкорпорации «Росатом» от 12.07.2016 № 1/16-НПА «Об утверждении Административного регламента предоставления Государственной корпорацией по атомной энергии «Росатом» государственной услуги по выдаче учреждениям Госкорпорации «Росатом», акционерным обществам Госкорпорации «Росатом» и их дочерним, зависимым обществам, а также подведомственным Госкорпорации «Росатом» предприятиям разрешений на строительство объектов использования атомной энергии, при строительстве, реконструкции которых допускается изъятие земельных участков для государственных нужд, и выдачу таким юридическим лицам разрешений на ввод в эксплуатацию указанных объектов» (п. 125) // Там же (дата обращения: 10.10.2016)

Административный порядок защиты гражданских прав, нарушенных субъектом, состоящим с потерпевшим в отношениях, основанных на равенстве

Этот порядок защиты реализует множество органов и должностных лиц. Так, должностные лица Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека имеют право, защищая гражданские права потребителей, выдавать изготовителям (исполнителям, продавцам, уполномоченным организациям или уполномоченным индивидуальным предпринимателям, импортерам) предписания о прекращении нарушений прав потребителей, о прекращении нарушений обязательных требований, об устранении выявленных нарушений обязательных требований, о проведении мероприятий по обеспечению предотвращения вреда жизни, здоровью и имуществу потребителей, окружающей среде²⁸.

Субъектом, осуществляющим административную защиту конкурентных прав, является антимонопольный орган, который вправе выдавать правонарушителям предупреждение в письменной форме о прекращении действий (бездействия), об отмене или изменении актов, которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, либо об устранении причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, и о принятии мер по устранению последствий такого нарушения действий, а также о совершении действий для пресечения или восстановления нарушенных прав²⁹. Для защиты прав антимонопольный орган может реализовать такие способы защиты, как принудительное разделение или выделение хозяйствующих субъектов³⁰.

По представлению прокурора, обращению органа государственной власти или органа местного самоуправления, заявлению физического или юридического лица антимонопольный орган в административном порядке защищает гражданские права в сфере рекламы, дает предписания, содержащие меры, направленные на устранение нарушений, а также об отмене или изменении противоречащего законодательству РФ о рекламе акта федерального органа исполнительной власти, акта органа исполнительной власти субъекта федерации или акта органа местного самоуправления³¹.

Субъекты естественных монополий, их потребители, осуществляющие предпринимательскую и иную экономическую деятельность, или указанные в законе органы исполнительной власти субъектов федерации вправе обратиться в орган регулирования естественных монополий для урегулирования в досудебном порядке споров, связанных с установлением и применением регулируемых цен (тарифов)³². Банк России вправе

²⁸ Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 (ред. от 03.07.2016) «О защите прав потребителей» (ст. 40) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 15. Ст. 766.

²⁹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О защите конкуренции» (ст. 39.1, 41) // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

³⁰ *Баринов Н.А.* О порядке и способах защиты гражданских прав (становление и тенденции развития) // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2014. № 3 (98). С. 16.

³¹ Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ (ред. от 08.03.2015, с изм. от 03.07.2016) «О рекламе» (ст. 36) // СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232. См. также: Постановление Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 (ред. от 20.12.2014) «Об утверждении Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» // СЗ РФ. 2006. № 35. Ст. 3758.

³² Федеральный закон от 17.08.1995 № 147-ФЗ (ред. от 05.10.2015) «О естественных монополиях» (ст. 11) // СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426.

приостанавливать эмиссии ценных бумаг, признавать выпуск эмиссионных ценных бумаг несостоявшимся³³, например, «при нарушении преимущественного права акционера на приобретение акций и эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в акции, размещаемых посредством закрытой подписки»³⁴.

Рассматриваемый административный порядок защиты жилищных прав реализуют органы государственного жилищного надзора и муниципального жилищного контроля³⁵.

Административный порядок защиты гражданских прав, нарушенных субъектом, состоящим с потерпевшим в отношениях, основанных на субординации

Важно различать регулятивную и охранительную части субординационных отношений. Так, граждане часто обращаются в компетентные органы не для защиты, а для реализации гражданских прав. Например, гражданин может полагать, что он должен быть включен в реестр граждан, чьи денежные средства привлечены для строительства многоквартирных домов и чьи права нарушены³⁶. В рамках регулятивных отношений он обращается к компетентному органу с заявлением о включении его в соответствующий реестр. Необоснованный отказ этого органа во включении гражданина в реестр является нарушением его права, но такое нарушение предполагает не административный, а судебный порядок защиты — гражданин обращается в суд с административным иском³⁷.

Если же закон предусматривает возможность обжалования нарушающего гражданское право решения по подчиненности, то мы имеем дело именно с гражданско-правовой защитой, реализуемой в административном порядке. Наиболее известным нормативным примером такой защиты является ст. 1248 ГК РФ, в п. 2 которой устанавливается, что в случаях, предусмотренных ГК РФ, защита интеллектуальных прав в отношениях, связанных с подачей и рассмотрением заявок на выдачу патентов на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, товарные знаки, знаки обслуживания и наименования мест происхождения товаров, с государственной регистрацией этих результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, с выдачей соответствующих правоустанавливающих документов, с оспариванием предоставления этим результатам и средствам правовой охра-

³³ Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О рынке ценных бумаг» (ст. 26) // СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

³⁴ Долинская В.В. Защита и восстановление нарушенных прав акционеров // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 3. С. 11.

³⁵ См., напр.: Горбачев С.А. Защита жилищных прав в административном порядке // Органы государственной власти в системе правозащитной деятельности на современном этапе: сб. тр. междунар. науч.-практ. конф. СПб., 2016. С. 65–70.

³⁶ Приказ Министерства регионального развития РФ от 20.09.2013 г. № 403 «Об утверждении критериев отнесения граждан, чьи денежные средства привлечены для строительства многоквартирных домов и чьи права нарушены, к числу пострадавших и Правил ведения реестра граждан, чьи денежные средства привлечены для строительства многоквартирных домов и чьи права нарушены» // Российская газета. 2013. № 286.

³⁷ Определение Московского городского суда от 18.08.2016 № 4га-7900/2016; Апелляционное определение Московского городского суда от 04.05.2016 по делу № 33а-15239/2016; Апелляционное определение Московского городского суда от 04.05.2016 по делу № 33а-15227/2016; Апелляционное определение Московского городского суда от 22.03.2016 по делу № 33а-7478/2016 // СПС КонсультантПлюс.

ны или с ее прекращением, осуществляется в административном порядке соответственно федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности и федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям, а в случаях, предусмотренных ст. 1401–1405 ГК РФ, федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным Правительством Российской Федерации.

Известно множество обжалований по подчиненности решений, принимаемых в сфере лицензирования предпринимательской деятельности. В частности, при оказании государственной услуги по лицензированию тушения пожаров в населенных пунктах, на производственных объектах и объектах инфраструктуры³⁸, по организации и проведению азартных игр в букмекерских конторах и тотализаторах³⁹, по производству и реализации защищенной от подделок полиграфической продукции⁴⁰.

Обжалуются по подчиненности решения и действия (бездействие) при предоставлении государственных услуг по согласованию состава ликвидационной комиссии негосударственного пенсионного фонда⁴¹, по предоставлению водных объектов в пользование на основании договора водопользования, в том числе заключенного по результатам аукциона, по оформлению перехода прав и обязанностей по договорам водопользования⁴², по заключению охотохозяйственных соглашений по результатам аукционов на право заключения охотохозяйственных соглашений⁴³.

Заинтересованные лица могут обжаловать по подчиненности решения, действия (бездействие) Федеральной налоговой службы России в связи с осуществлением ведения государственного реестра саморегулируемых организаций организаторов азартных игр в букмекерских конторах, государственного реестра саморегулируемых организаций организаторов азартных игр в тотализаторах⁴⁴, по включению сведений о лотерей-

³⁸ Приказ МЧС России от 24.08.2015 № 473 (ред. от 20.05.2016) «Об утверждении Административного регламента Министерства Российской Федерации по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий по предоставлению государственной услуги по лицензированию деятельности по тушению пожаров в населенных пунктах, на производственных объектах и объектах инфраструктуры» [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 03.12.2015)

³⁹ Приказ Минфина России от 14.01.2015 № 3н (ред. от 06.09.2016) «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной налоговой службой государственной услуги по лицензированию деятельности по организации и проведению азартных игр в букмекерских конторах и тотализаторах» // Там же (дата обращения: 27.04.2015)

⁴⁰ Приказ Минфина России от 12.01.2015 № 1н (ред. от 06.09.2016) «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной налоговой службой государственной услуги по лицензированию деятельности по производству и реализации защищенной от подделок полиграфической продукции». Там же (дата обращения: 14.04.2015)

⁴¹ Приказ ФСФР России от 02.08.2012 № 12-69/пз-н «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной службой по финансовым рынкам государственной услуги по согласованию состава ликвидационной комиссии негосударственного пенсионного фонда» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2013. № 15.

⁴² Приказ Минприроды России от 22.05.2014 № 225 (ред. от 20.11.2015) «Об утверждении Административного регламента Федерального агентства водных ресурсов по предоставлению государственной услуги по предоставлению водных объектов в пользование на основании договора водопользования, в том числе заключенного по результатам аукциона, по оформлению перехода прав и обязанностей по договорам водопользования» // Российская газета. 2015. № 18/1.

⁴³ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 13.04.2016)

⁴⁴ Приказ Минфина России от 23.11.2015 № 179н (ред. от 06.09.2016) «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной налоговой службой государственной услуги по

ных терминалах в единый реестр лотерейных терминалов, по включению изменений в единый реестр лотерейных терминалов, по предоставлению выписки о лотерейных терминалах из единого реестра лотерейных терминалов⁴⁵.

Гражданские права могут быть нарушены в ходе исполнительного производства судебными приставами-исполнителями. Постановления судебного пристава-исполнителя и других должностных лиц службы судебных приставов, их действия (бездействие) по исполнению исполнительного документа могут быть обжалованы сторонами исполнительного производства, иными лицами, чьи права и интересы нарушены такими действиями (бездействием), в порядке подчиненности. Полномочиями по отмене этого постановления наделены старший судебный пристав и его заместитель⁴⁶.

Особенности двух административных порядков защиты гражданских прав

В большинстве случаев при защите гражданских прав, возникших из координационного правоотношения, законодательство предусматривает состязательный квазисудебный порядок рассмотрения спора (создается специальная комиссия, приглашаются стороны, которые могут давать объяснения и представлять другие доказательства и т.д.). Процессуальным средством защиты здесь является заявление лица. При защите гражданских прав, проистекающих из субординационного правоотношения, правовым средством защиты выступает административная жалоба, которую в начале прошлого века М.Д. Загряцков определил как «открытое обращение заинтересованного лица к иерархически высшим органам административной власти в целях изменения или уничтожения неправильного распоряжения или упущения по мотивам его недостаточной обоснованности»⁴⁷.

Согласно ст. 4 ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации», жалоба — это просьба гражданина о восстановлении или защите его нарушен-

внесению сведений о саморегулируемых организациях в государственный реестр саморегулируемых организаций организаторов азартных игр в букмекерских конторах, государственный реестр саморегулируемых организаций организаторов азартных игр в тотализаторах, по исключению сведений о саморегулируемых организациях из государственного реестра саморегулируемых организаций организаторов азартных игр в букмекерских конторах, государственного реестра саморегулируемых организаций организаторов азартных игр в тотализаторах, по предоставлению сведений из реестра саморегулируемых организаций организаторов азартных игр в букмекерских конторах, государственного реестра саморегулируемых организаций организаторов азартных игр в тотализаторах». Там же (дата обращения: 14.01.2016)

⁴⁵ Приказ Минфина России от 23.06.2016 № 94н «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной налоговой службой государственной услуги по включению сведений о лотерейных терминалах в единый реестр лотерейных терминалов, по включению изменений в единый реестр лотерейных терминалов, по предоставлению выписки о лотерейных терминалах из единого реестра лотерейных терминалов». Там же (дата обращения: 20.10.2016)

⁴⁶ Федеральный закон от 21.07.1997 № 118-ФЗ «О судебных приставах» (п. 2 ст. 8, п. 2 ст. 9, п. 2 ст. 10) // СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3590; Федеральный закон от 02.10.2007 № 229-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «Об исполнительном производстве» (ч. 5 ст. 14, ч. 9 ст. 47, ч. 4 ст. 108, ст. 123) // Российская газета. 2007. № 223. См. также: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17.11.2015 № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 1.

⁴⁷ Загряцков М.Д. Административная юстиция и право жалобы в теории и законодательстве. М., 1925. С. 59.

ных прав, свобод или законных интересов либо прав, свобод или законных интересов других лиц⁴⁸. При этом саму жалобу некорректно называть способом защиты⁴⁹, поскольку жалоба (так же, как и исковое заявление) является процессуальным средством реализации конкретного материально-правового способа защиты. Аналогичный подход к защите гражданских прав в порядке субординационного обжалования существует и в зарубежных правопорядках⁵⁰.

Следует также отметить, что в гражданско-правовом смысле нельзя противопоставлять восстановление и защиту, поскольку восстановление нарушенного права — это цель гражданско-правовой защиты; однако в публично-правовых отношениях защита может осуществляться и без восстановления нарушенного права. Жалобщик, по справедливому замечанию М.Д. Загряцкого, «как общее правило, не вырастает до положения стороны»⁵¹, поэтому при рассмотрении жалобы вышестоящим органом или лицом элементы состязательности отсутствуют, жалобщик в большинстве случаев даже не приглашается для ее рассмотрения.

Способы защиты, которые могут быть применены в административном порядке защиты гражданских прав

Безусловно, большинство гражданско-правовых способов защиты, предусмотренных ст. 12 ГК РФ, могут быть использованы только в суде.

В работе С.Д. Радченко при анализе указанной статьи ГК РФ сделан вывод, что «такие способы, как признание оспоримой сделки недействительной и применение последствий ее недействительности, применение последствий недействительности ничтожной сделки, признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления, присуждение к исполнению обязанности в натуре, возмещение убытков, взыскание неустойки, компенсация морального вреда, прекращение или изменение правоотношения, неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону, могут быть применены только судом». Административные органы вправе применять только такие способы, как восстановление положения, существовавшего до нарушения права, и пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения⁵².

Однако стоит отметить, что, в частности, антимонопольный орган при защите гражданских прав вправе, например, требовать прекращения или изменения правоотношений. При этом большинство способов гражданско-правовой защиты, используемых в административном порядке, в ст. 12 ГК РФ поименно вообще не упомянуты и охватываются такой в ней содержащейся группой, как «иные способы, предусмотренные законом».

⁴⁸ Федеральный закон от 02.05.2006 № 59-ФЗ (ред. от 03.11.2015) «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» // Российская газета. 2006. № 95.

⁴⁹ Симонян С.Л. О влиянии терминологических различий на проблему разграничения видов гражданского судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 2. С. 10–13.

⁵⁰ Майле А.Д. Особенности административно-правовой защиты прав граждан в ФРГ // Актуальные проблемы административного судопроизводства: матер. всеросс. науч.-практ. конф. Омск, 2015. С. 129–130.

⁵¹ Загряцков М.Д. Указ. соч. С. 84.

⁵² Радченко С.Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России. М., 2010 // СПС КонсультантПлюс.

При административном порядке защиты гражданских прав используются такие способы, как:

- 1) отмена вышестоящим органом, организацией или лицом, наделенными публичными полномочиями, принятого нижестоящим субъектом решения;
- 2) исправление допущенных опечаток и ошибок в выданных документах, имеющих гражданско-правовое значение;
- 3) возврат денежных средств, взимание которых не предусмотрено нормативными правовыми актами РФ, нормативными правовыми актами субъектов РФ, муниципальными правовыми актами⁵³;
- 4) признание действия (бездействия) должностного лица, отказа в совершении действий неправомерными⁵⁴;
- 5) отмена или изменение акта федерального органа исполнительной власти, акта органа исполнительной власти субъекта РФ или акта органа местного самоуправления, противоречащих законодательству РФ.

Важно отметить, что в отличие от способов, которые могут быть использованы в суде для защиты прав в гражданском судопроизводстве, в административном порядке защиты перечень данных способов открытый, поскольку защищающие субъекты могут сами сформулировать меры, «необходимые для устранения нарушения» либо защитить гражданские права в «иных формах (в значении «иными способами»)».

Заключение и выводы

Административный порядок защиты гражданских прав обладает рядом преимуществ перед судебным. В частности, нет особых, строго формализованных требований к заявлению (жалобе), более гибкий подход к выбору способа защиты (заявитель (жалобщик) или защищающий субъект могут самостоятельно сформулировать способ (меру) защиты, приводящий к восстановлению права), отсутствует уплата госпошлины, сокращенные сроки и простая, неформализованная процедура рассмотрения заявления (жалобы), наличие возможности в любом случае обжаловать в суде принятое в административном порядке решение.

При этом, несмотря на упоминание в ГК РФ возможности прибегнуть к административному порядку защиты, этот порядок в самом кодексе оказался ни терминологически, ни содержательно не наполненным⁵⁵. Статья 11 ГК РФ носит название «Судебная защита гражданских прав», хотя устанавливает не только судебный, но и административный порядок защиты. С учетом правовой политики, направленной на «разгрузку» судов и расширение возможностей внесудебной защиты права, было бы справедливым эту статью переименовать либо привести ее содержание в соответствие с ее названием, посвятив административному порядку защиты гражданских прав самостоятельную статью. Адресатам ГК РФ для использования административного порядка защиты было

⁵³ Федеральный закон от 27.07.2010 № 210-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» (ст. 11.2) // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4179.

⁵⁴ Письмо ФССП России от 03.10.2011 № 12/01-23906-АП «О направлении Методических рекомендаций об организации работы по рассмотрению жалоб на постановления, действия (бездействие) должностных лиц Федеральной службы судебных приставов, поданных в порядке подчиненности» // Бюллетень Федеральной службы судебных приставов. 2012. № 3.

⁵⁵ См. об этом: Богданова Е.Е. Административный порядок защиты гражданских прав // Право и экономика. 2004. № 5. С. 36.

бы удобно видеть в кодексе перечень реализуемых в таком порядке способов защиты, скрытых в настоящее время за каучуковой формулировкой «иные способы, предусмотренные законом» и рассеянных по множеству нормативных актов.

В правовой доктрине в методологическом и в межотраслевом плане необходимо строгое разграничение гражданско-правовой и административно-правовой защиты гражданских прав, каждая из которых может быть реализована как в судебном, так и во внесудебном (административном) порядке. Использование административного порядка гражданско-правовой защиты права происходит при помощи таких способов, которые приводят к достижению цели именно *гражданско-правовой* защиты — реальному восстановлению нарушенного права.



Библиография

Амагиров А.В., Цыремпилова Е.Б. Особенности публично-правовой защиты (охраны) личных нематериальных благ // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 13–29.

Баринов Н.А. О порядке и способах защиты гражданских прав (становление и тенденции развития) // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2014. № 3 (98). С. 12–17.

Володина О.В. Административно-правовая защита интеллектуальных прав // Вестник МГУПИ. 2014. № 54. С. 85–90.

Горбачев С.А. Защита жилищных прав в административном порядке / Органы государственной власти в системе правозащитной деятельности на современном этапе: сб. тр. междунар. конф. СПб.: Издательство Санкт-Петербургского университета управления и экономики, 2016. С. 65–70.

Долинская В.В. Защита и восстановление нарушенных прав акционеров // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 3. С. 8–16.

Донцов Е.М., Донцова Т.К. Исполнение судебных актов, актов других органов и должностных лиц в отношении имущества физических лиц: науч.-практ. пособие. М.: Волтерс Клувер, 2010. 656 с.

Загряцков М.Д. Административная юстиция и право жалобы в теории и законодательстве. М.: Право и жизнь, 1925. 244 с.

Клейменова М.О. Административно-правовые способы защиты исключительных прав на фирменное наименование // Бизнес в законе. 2010. № 3. С. 144–147.

Курбатов А.Я. Защита прав и законных интересов в условиях «модернизации» правовой системы России. М.: Юстицинформ, 2013. 172 с.

Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008. 511 с.

Майле А.Д. Особенности административно-правовой защиты прав граждан в ФРГ / Актуальные проблемы административного судопроизводства: матер. всеросс. науч.-практ. конф. / отв. ред. Ю.П. Соловей. Омск: Изд-во Омск. юрид. акад., 2015. С. 126–131.

Радченко С.Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России. М.: Волтерс Клувер, 2010. 224 с.

Ситдикова Р.И. Административно-правовые способы защиты авторских прав // Российская юстиция. 2011. № 8. С. 7–8.

Тужилова-Орданская Е.В. Административный порядок защиты прав заемщика по договору потребительского кредита (займа) // 20 лет Гражданскому кодексу Российской Федерации: итоги, тенденции и перспективы развития: матер. междунар. науч.-практ. конф. (Ульяновск, 2014 г.) / под ред. Н. А. Барнинова, С. Ю. Морозова. М.: Проспект, 2015. С. 212–214.

Яковлев В. Ф. Гражданское право в системе права / Избранные труды. Т.2: Гражданское право: История и современность. Кн. 1. М.: Статут, 2012. С. 730–755.

Administrative Procedure of the Civil Rights Protection



Olga A. Kuznetsova

Professor, Department of Civil Law, Law Faculty, Perm State University, Doctor of Juridical Sciences.
Address: 15 Bukireva Street, Perm 614990, Russian Federation. E-mail: kuznetsova_psu@mail.ru



Abstract

The administrative order of the civil rights protection has been legally acknowledged in our country for almost one hundred years. Nevertheless, a serious doctrinal basis is still not developed for this legal background. Academic and commentary statements about this procedure are so fragmentary and contradictory, that essence and purpose of the protection, conditions and the spheres of its application, its efficiency and further use perspectives remain absolutely not clear. The purpose of the article is to distinguish between the administrative procedure for the right protection and the administrative protection of the civil rights, and to define subjects, objects and the types of administrative procedure for the civil rights protection. When preparing the article, the general research methods were used (formal and dialectical logic, comparisons, descriptions, interpretations), and specific methods of cognition were applied (legal dogmatic method, legal hermeneutic method). The research resulted in a conclusion that unlike the administrative legal protection of the civil rights, which has a penalty, fine character, the application of administrative procedure of civil legal protection leads to a real restoration of the infringed civil right through using protection ways are not the measures of administrative or other public liability. The objects of civil legal protection exercised under the administrative procedure and covered by Item 2 of Article 11 of the RF Civil Code, can be only infringed subjective civil rights. The subjects practicing the administrative procedure for the civil right protection are exclusively the subjects granted with the public authorities. The mechanism of realization of the administrative procedure for civil rights protection will be different depending on the fact if the infringer of right has coordination or subordination relations with the aggrieved person. In the first case, authorized person forwards the claim to the subject performing the protection as to a quasi-judicial body, in the second case, mentioned person addresses a higher-level body or person complaining of the decision of the lower-level body or person. The revealed advantages of the administrative procedure of the civil legal defense over the court ones (simplicity, quickness, requiring no fee, possibility for the subsequent court control) should result in the extending of its sphere of application. The civil legislation needs a more detailed regulation of the civil legal protection methods that are to be used under the administrative procedure.



Keywords

civil law rights protection, court, procedure for the rights protection, administrative procedure, subjects of the civil legal protection, objects of the civil legal protection.

Citation: Kuznetsova O.A. (2017) Administrative Procedure of the Civil Rights Protection. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 42–58 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.42.58



References

- Amagirov A.V., Tsyrempilova E. M. (2016) Osobennosti publichno-pravovoy zashhity lichnykh nematerial'nykh blag [Features of the Public Protection of Personal Intangible Benefits]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 13–29.
- Barinov N.A. (2014) O porjadke i sposobah zashhity grazhdanskih prav (stanovlenie i tendencii razvitiya) [Procedure and Ways of Civil Rights Protection (Development and Trends)]. *Vestnik Saratovskoy gosudarstvennoy juridicheskoy akademii*, no 3, pp. 12–17.
- Dolinskaya V.V. (2011) Zashchita i vosstanovlenie narushennykh prav akcionerov [Protection and Restoration of Violated Shareholders Rights]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 3, pp. 8–16 (in Russian)
- Dontcov E.M., Dontcova T. K. (2010) *Ispolnenie sudebnykh aktov, aktov drugih organov i dolzhnostnykh lic v otnoshenii imushchestva fizicheskikh lic: nauchno-prakticheskoe posobie* [Execution of Judicial Acts, Acts of Other Bodies and Officials on Private Property: A Guide]. Moscow: Wolters Kluwer, 656 p. (in Russian)

Gorbachev S.A. (2016) Zashchita zhilishchnyh prav v administrativnom poryadke [Administrative Protection of Shelter Rights]. *Organy gosudarstvennoj vlasti v sisteme pravozashchitnoj deyatel'nosti na sovremennom etape: sbornik trudov mezhdunarodnoj konferencii* [Public Bodies in the System of Human Rights Activities Now: Materials of international conference]. S. Yu. Morozov, ed. Saint Petersburg: University of Management and Economics, pp. 65–70 (in Russian)

Kleimyonova M.O. (2010) Administrativno-pravovye sposoby zashchity iskluchitel'nykh prav na firmennoe naimenovanie [Administrative Methods of Protection of Exclusive Rights for a Brand Name]. *Bi-znes v zakone*, no 3, pp. 144–147.

Kurbatov A.Ya. (2013) *Zashchita prav i zakonnykh interesov v usloviyah modernizatsii pravovoj sistemy Rossii* [Protection of the Rights and Legitimate Interests during Modernization of the Russian Legal System]. Moscow: Yustitsinform, 172 p. (in Russian)

Lomakin D.V. (2008) *Korporativnyye pravootnosheniya obshchaya teoriya i praktika ee primeneniya v hoz'yajstvennykh obshchestvakh* [Corporate Relations: Theory and Practice of Its Application in Business Entities]. Moscow: Statut, 511 p. (in Russian).

Maile A.D. (2015) Osobennosti administrativno-pravovoj zashchity prav grazhdan v FRG [Specifics of Administrative Protection of Civil Rights in Germany]. *Aktualnye problemy administrativnogo sudoproduktstva* [Issues of Administrative Proceedings]. Omsk: Omsk Legal Academy Press, pp. 126–131 (in Russian)

Radchenko S.D. (2010) *Zloupotrebleniye pravom v grazhdanskom prave Rossii* [Abuse of Rights in Civil Law of Russia]. Moscow: Wolters Kluwer, 224 p. (in Russian)

Sitdikova R.I. (2011) Administrativno-pravovye sposoby zashchity avtorskiykh prav [Administrative-Legal Methods of Copyright Protection]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 8, pp. 7–8.

Tuzhilova-Ordanskaya E. V. (2015) Administrativnyy poryadok zashchity prav zaemshchika po dogovoru potrebitelskogo kredita zajma [Administrative Protection of Rights of Borrower under the Agreement of a Consumer Loan]. *20 let Grazhdanskomu kodeksu Rossijskoj Federatsii: itogi, tendentsii i perspektivy razvitiya: materialy mezhdunarodnoj konferencii* [20 Years of the RF Civil Code: Results, Trends and Prospects of Development: materials of international conference]. Moscow: Prospekt, pp. 212–214.

Volodina O.V. (2014) Administrativno-pravovaya zashchita intellektual'nykh prav [Administrative and Legal Protection of Intellectual Property Rights]. *Vestnik MGUPI*, no 54, pp. 85–90.

Yakovlev V.F. (2012) Grazhdanskoe pravo v sisteme prava [Civil Law in the Legal System]. *Izbrannyye trudy. T.2. Grazhdanskoe pravo: Istoriya i sovremennost. Kniga 1* [Selected Works. Vol. 2: Civil Law: History and Modernity. Part One]. Moscow: Statut, pp. 730–755 (in Russian)

Zagryackov M.D. (1925) *Administrativnaya yustitsiya i pravo zhaloby v teorii i zakonodatel'stve*. [Administrative Justice and the Right of Complaint in Theory and Legislation]. Moscow: Law and Life, 244 p. (in Russian)

Об отдельных запретах и ограничениях прав работников государственных корпораций



М.И. Ловков

аспирант кафедры трудового права и права социального обеспечения Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: lovkov@inbox.ru



Аннотация

В предлагаемой вниманию читателя статье исследуются установленные современным законодательством Российской Федерации отдельные запреты и ограничения прав работников государственных корпораций, анализируются теоретические и практические проблемы, связанные с введением данных запретов и ограничений. К числу работников, обладающих особым правовым статусом, можно отнести работников государственных корпораций. Учитывая тот факт, что имущество государственной корпорации формируется в том числе за счет имущества, переданного в ее собственность Российской Федерацией, первоочередное значение приобретает законодательное закрепление и реализация принципа недопущения любого вида коррупционных правонарушений и нецелевого расходования денежных средств (и иного имущества) в государственных корпорациях. Содержание запретов, ограничений и обязанностей, которые распространяются на работников государственных корпораций, не одинаково для различных категорий работников и зависит от должности, которую занимает (на которую нанимается) работник. В статье проанализированы некоторые установленные как для всех работников государственных корпораций, так и в отношении отдельных категорий работников запреты и ограничения их правового статуса. В статье исследуется вопрос о соблюдении баланса между контролем отдельных аспектов деятельности работников (установленными ограничениями их правового статуса, имеющими целью исключение либо минимизацию коррупционных проявлений) и заинтересованностью работников в получении положительных результатов в своей трудовой деятельности. Установленные законодателем запреты и ограничения прав работников государственных корпораций происходят, прежде всего, из особенностей правового статуса государственной корпорации как управляющего публичной собственностью, сочетающего в себе публичную и хозяйственную «сущности». Вопросы регулирования труда работников государственных корпораций и их правового статуса должны стать предметом серьезного и детального исследования в науке трудового права, результаты которого следует в дальнейшем использовать при совершенствовании нормативных правовых актов или при выработке государством методических подходов к реализации запретов и ограничений прав работников государственных корпораций.



Ключевые слова

работники, государственная корпорация, трудовые отношения, запреты, ограничения, особенно регулирование труда, противодействие коррупции, особенности правового статуса работников, коррупционные риски.

Библиографическое описание: Ловков М.И. Об отдельных запретах и ограничениях прав работников государственных корпораций // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 59–68.

JEL: K310; УДК: 29

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.59.68

Право призвано регулировать как возможное, так и должное поведение участников общественных отношений. Правовые запреты или ограничения обуславливают появление у субъекта юридической обязанности их выполнения и, соответственно, обладают правовым воздействием на общественные отношения, соответствующим функциям права — регулятивной и охранительной. При очевидном первостепенном значении правовых запретов и ограничений для регулирования отношений, их изучению уделено недостаточное внимание деятелями нашей юридической науки (в общей теории права изучением данных вопросов занимались С.С. Алексеев, С.В. Бахин, А.Г. Братко, А.А. Белкин, С.А. Денисов, В.Н. Кудрявцев, А.В. Малько, В.И. Новоселов, Н.Н. Рыбушкин, В.М. Шафиров, М.М. Султыгов и др.).

В отраслевых науках, в частности в трудовом праве, рассмотрение данных правовых институтов не являлось приоритетным, хотя еще в 1983 г. В.Д. Мордачев писал: «Теоретическое изучение запретов в трудовом праве позволит глубже познать правовые способы и средства воздействия на трудовые отношения и тем самым совершенствовать последние»¹. Правовые запреты и ограничения необходимо рассматривать как неотделимые элементы метода трудового права, поскольку они служат гарантией выполнения основных функций трудового права — защитной и производственной. При этом понятия «запрет» и «ограничение» не тождественны и не взаимозаменяемы, их следует идентифицировать как различные правовые явления.

А.В. Малько определяет запрет как способ правового регулирования, который представляет собой государственно-властное веление, указывающее на недопустимость определенного поведения под угрозой наступления ответственности, закрепляющее юридическую невозможность реально возможного поведения, причиняющего ущерб интересам личности и государства². По мнению А.Г. Братко, запрет — это государственно-властное веление, указывающее на юридическую (а не на фактическую) недопустимость определенного поведения под угрозой наступления ответственности³. Ф.Н. Фаткуллин считает, что «запрет связан с обязыванием, однако через вытеснение указываемого законодательством общественного отношения...»⁴.

Н.Н. Семенюта предложила собственную формулировку понятия запретов применительно к науке трудового права — это «властное требование управомоченного лица, выражающееся в разовом или нормативно (в письменной или устной форме) установленном абсолютном или относительном лишении субъекта (субъектов) трудовых и смежных с ними отношений свободы поведения определенного вида во всех или только в предусмотренных велением (нормой) условиях, с использованием всех или только указанных способов»⁵.

Позиции ученых по поводу определения понятия «ограничение» также различны. Ф.Н. Фаткуллин, например, характеризует ограничение как частичный запрет: «Ограничение близко к запрету, оно рассчитано не на полное вытеснение того или иного общественного отношения, а на удержание его в жестко ограничиваемых рамках»⁶. Иная точка зрения у А.Г. Братко, который рассматривает ограничение как самостоя-

¹ Мордачев В.Д. Запреты в трудовом законодательстве / Материально-правовые и процессуальные проблемы защиты субъективных прав: Межвузовский тематический сборник. Ярославль, 1983. С. 54.

² См.: Большой юридический словарь / под ред. А.В. Малько. М., 2009.

³ Братко А.Г. Запреты в советском праве. Саратов, 1979. С. 88.

⁴ Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права. Казань, 1987. С.157.

⁵ См.: Семенюта Н.Н. Запреты и ограничения в правовом регулировании трудовых отношений в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2000.

⁶ Фаткуллин Ф.Н. Указ.соч. С.157.

тельный способ правового регулирования, существующий наряду с запретом. «Запреты и ограничения, — отмечает он, — выступают как два различных способа правового регулирования. Основное их различие состоит в том, что запреты по своему содержанию указывают на юридическую невозможность определенного поведения, которое фактически возможно, в то время как правовое ограничение представляет собой не только юридически, но и фактически невозможный вариант поведения. В отличие от запретов, правовое ограничение в принципе невозможно нарушить. Оно всегда есть ограничение какого-либо субъективного права, причем такое, которое обеспечивается обязанностями соответствующих должностных лиц»⁷. Следование позиции расширительного толкования понятия правового ограничения отмечается в работах А.В. Малько. По ее мнению, данная категория объединяет широкий спектр разнообразных правовых явлений, средств, способов (наказания, запреты, обязанности, приостановления и др.): «понятие «ограничение» является родовым, а понятие «запрет» — видовым. Запрет есть лишь определенная форма правового ограничения»⁸.

Рассмотрев приведенные позиции ученых, полагаем возможным предложить концепцию соотношения запретов и ограничений несколько в ином аспекте: любой запрет можно рассматривать как ограничение, но не всякое ограничение является запретом. В защиту данной позиции можно привести мнение М.М. Султыгова, который указывал, что «между запретами и ограничениями существует тесная взаимосвязь, предполагающая взаимную определяемость... вместе с тем, данные категории, выступая как взаимосвязанные, все же не являются одинаковыми. Правовой запрет, являясь видом правового ограничения, выступает как жесткое «императивное» веление, однозначно не допускающее то или иное поведение субъекта, в то время как другие ограничения лишь сужают (в определенной степени) свободу действия (либо бездействия). Следовательно, соотношение запретов и ограничений можно толковать как соотношение части и целого»⁹.

С учетом предложенных подходов к пониманию правовых запретов и ограничений можно перейти к рассмотрению вопросов их применения при дифференциации правового регулирования трудовых отношений отдельных категорий лиц. Как отмечает авторский коллектив монографии «Особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников», можно дать следующее определение дифференциации правового регулирования — это «установление специальных правовых норм, применяемых только к отдельным категориям работников с учетом их особенностей в целях обеспечения равных возможностей в реализации ими трудовых прав»¹⁰.

Как отмечает Г.С. Скачкова¹¹, на основе анализа действующего законодательства России можно сделать вывод об осуществлении в настоящее время дифференциации в трудовом праве по самым различным основаниям с учетом особенностей статуса работников и работодателей. К числу работников, обладающих особым правовым статусом, относятся работники государственных корпораций.

⁷ Братко А.Г. Указ.соч. С. 17.

⁸ Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. Теоретико-информационный аспект. М., 2005. С. 59, 63 и др.

⁹ Султыгов М.М. Запрет как метод правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1996. С. 122.

¹⁰ Белицкая И.Я., Бочарникова М.А., Буянова М.О. и др. Особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников / под ред. Орловского Ю.П. // СПС КонсультантПлюс.

¹¹ Скачкова Г.С. Дифференциация в трудовом праве и Трудовой кодекс РФ // Цивилист. 2012. № 2 // СПС КонсультантПлюс.

Несмотря на то, что первая государственная корпорация в Российской Федерации была образована еще в 1999 г., а наиболее активное развитие в российском законодательстве эта форма некоммерческой организации получила в 2007 г., когда были созданы или находились в процессе создания 8 государственных корпораций, нормы, регулирующие особенности регулирования труда работников государственных корпораций, появились в Трудовом кодексе Российской Федерации (далее — ТК РФ) сравнительно недавно — в 2010 г. Сохранение актуальности проблемы обусловливается тем, что при большом количестве работ, посвященным различным аспектам правового положения государственных корпораций, в настоящее время исследованию запретов и ограничений прав работников государственных корпораций не уделяется должного внимания.

Все государственные корпорации России созданы для решения значимых для государства и общества задач. В.В. Кудашкин отмечает, что «имеются определенные сферы социальной действительности...эти сферы, во-первых, строго локализованы (например, сфера атомного энергетического комплекса страны) и, во-вторых, могут находиться в состоянии, при котором требуется активное воздействие со стороны государства, включая проведение хозяйственных мероприятий, отвечающих объективным потребностям общества и государства, например, сфера жилищно-коммунального хозяйства страны, нуждающаяся в существенной перестройке, сфера экономики страны, требующая модернизации и технологического развития»¹². Это приводит к объективной потребности в образовании субъекта, которое обладает возможностью выполнения делегированных государством особых административных функций или наделено правом выступать в хозяйственном обороте на особых условиях, обеспечивающих эффективное содействие в осуществлении проводимой государством экономической политики.

Государственные корпорации, осуществляя реализацию возложенных на них полномочий, тем или иным образом участвуют в гражданском обороте, имеют коммерческие отношения с другими организациями, что предполагает обеспечение ими контроля над проектами, в которых они участвуют, включая в большинстве случаев корпоративный контроль над проектными компаниями и иными участниками проектов. «Корпоративный контроль — способность определять решения корпорации как результат распределения власти среди субъектов корпоративных отношений. Контролировать деятельность... значит иметь возможность определять ее стратегию, политику, выбор долгосрочных целей и программ, иметь решающее влияние»¹³.

Учитывая, что имущество государственной корпорации формируется, в том числе, за счет имущества, переданного в ее собственность Российской Федерацией, первоочередное значение приобретает законодательное закрепление и реализация принципа недопущения любого вида коррупционных правонарушений и целевого расходования денежных средств (и иного имущества) в государственных корпорациях.

В соответствии с поручением Президента Российской Федерации от 12.11.2009 № Пр-3014 Правительству России дано указание разработать механизм урегулирования конфликта интересов в государственных корпорациях, а также распространить на работников государственных корпораций отдельные ограничения, установленные для государственных служащих.

В 2010 г. вступил в силу Федеральный закон от 29.12. 2010 № 437-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О некоммерческих организациях» и отдельные за-

¹² Кудашкин В.В. Особенности правового статуса работников государственных корпораций // Журнал российского права. 2011. № 8. С. 22.

¹³ Корпоративное право: Учебник / под ред. И.С. Шиткиной. М., 2008. С.143.

конодательные акты Российской Федерации», который предусмотрел введение в ТК РФ ст. 349¹ «Особенности регулирования труда работников государственных корпораций, государственных компаний». В развитие положений ТК РФ принято постановление Правительства России от 21.08.2012 № 841 «О соблюдении работниками государственных корпораций положений статьи 349¹ Трудового кодекса Российской Федерации» (далее — Постановление № 841), которое развивает положения ТК РФ, определяя применение запретов и ограничений прав работников государственных корпораций в зависимости от их правового статуса.

В соответствии со ст. 124 Федерального закона от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» на работников, замещающих должности в государственных корпорациях, с учетом особенностей, обусловленных их правовым статусом, распространяются ограничения, запреты и обязанности, установленные в отношении лиц, замещающих должности федеральной государственной службы, п. 5 ч. 1 ст. 16, ст. 17, 18 и 20 Федерального закона от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации».

В связи с установлением нормативного регулирования запретов и ограничений, налагаемых государством на работников государственных корпораций, важной является постановка вопроса об их соответствии задачам контроля отдельных аспектов деятельности данных работников (прежде всего, направленных на исключение либо минимизацию коррупционных проявлений при исполнении работниками трудовых обязанностей), а также заинтересованности работников в получении положительных результатов трудовой деятельности.

Содержание запретов, ограничений и обязанностей, которые распространяются на работников государственных корпораций, не одинаково для разных категорий работников и зависит от должности, которую занимает (на которую нанимается) работник. В связи с этим следует отдельно анализировать запреты и ограничения, установленные:

- а) в отношении всех работников государственных корпораций;
- б) в отношении работников, замещающих должности, назначение на которые и освобождение от которых осуществляется Президентом Российской Федерации или Правительством Российской Федерации, или другие должности, включенные в перечень, установленный локальным нормативным актом государственной корпорации.

В соответствии с пп. «а» п. 2 Постановления № 841 запреты, предусмотренные п. 5 и 6 ч. 4 ст. 349 ТК РФ, распространяются на всех работников государственных корпораций. К ним отнесены:

1. Запрет на использование в целях, не связанных с исполнением трудовых обязанностей, имущества государственной корпорации, а также на передачу его иным лицам. Использование в личных целях или передача имущества работником в данном случае может расцениваться как включающее коррупционную составляющую и может привести к причинению вреда имуществу или деловой репутации государственной корпорации. Этот запрет в большей части актуален для категорий работников, в должностные обязанности может входить вопрос о распоряжении имуществом государственных корпораций (как члены органов управления, так и лица, ответственные за административно-хозяйственную деятельность, материально ответственные лица), в связи с чем должности данных работников обычно в обязательном порядке включаются в локальный нормативный акт специального характера, определяющий особый порядок их деятельности;

2. Запрет на разглашение или использование сведений, отнесенных законодательством России к сведениям конфиденциального характера, или служебной информации, а также сведений, ставших известными при исполнении служебных обязанностей.

Порядок привлечения работников к ответственности за нарушение данного запрета отечественным законодательством прямо не регламентирован. По нашему мнению, при выявлении признаков нарушения запрета оптимальным решением будет создание комиссии *ad hoc* по расследованию обстоятельств разглашения или использования сведений конфиденциального характера или сведений, ставших известными при исполнении служебных обязанностей. По результатам расследования лица, установленные в качестве виновных в нарушении данного запрета, могут быть привлечены к ответственности вплоть до увольнения на основании пп. «в» п. 6 ст. 81 ТК РФ.

Иные запреты и ограничения, установленные ч. 4 ст. 349¹ ТК РФ, распространяются исключительно на определенные категории работников — замещающих должности, назначение на которые и освобождение от которых осуществляют Президент Российской Федерации или Правительство Российской Федерации, или другие должности, включенные в перечень, установленный локальным нормативным актом государственной корпорации. В этом случае данную норму можно рассматривать как ограничение прав работников государственных корпораций (данное поведение не запрещается в любом случае, а остается возможным при соблюдении установленных законом условий).

В соответствии с п. 1 ч. 4 ст. 349¹ ТК РФ в случаях, установленных Правительством Российской Федерации, работнику государственной корпорации запрещается участвовать в деятельности органов управления и контроля коммерческой организации, за исключением участия с согласия высшего органа управления государственной корпорации.

Применительно к государственной корпорации «Агентство по страхованию вкладов» (далее — АСВ) Постановлением № 841 прямо предусмотрено, что работники, которые участвуют в деятельности, касающейся проведения некоторых из предусмотренных Федеральным законом от 26.10.2005 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» процедур банкротства, могут участвовать в деятельности органов управления и контроля коммерческих организаций без дополнительных ограничений. Применительно к другим государственным корпорациям (например, к Внешэкономбанку, к Росатому, к Ростеху) участие в такой деятельности каждый раз требует согласия высшего органа управления (наблюдательного совета). Данное ограничение — один из элементов контроля над уровнем коррупционных рисков и средство надлежащей защиты интересов государства при реализации инвестиционных проектов с привлечением государственных средств.

В связи с этим ограничением следует обозначить возникающую на практике проблему — законодатель не в полной мере определил, в каком случае необходимо обеспечивать дополнительный контроль со стороны высшего органа управления государственной корпорации. С одной стороны, в нормативном правовом акте указан конкретный случай, когда трудовая функция работника непосредственно связана с участием в деятельности органов управления и контроля коммерческих организаций (АСВ). С другой стороны, реализация функций других государственных корпораций также сопряжена с участием в капиталах коммерческих организаций, например, долевое финансирование инвестиционных проектов. Внешэкономбанк и ряд других государственных корпораций участвуют в подобных проектах и, безусловно, для таких случаев должны быть установлены однозначные правила (периодичность получения согласия, срок действительности согласия, приоритетность субъекта или конкретной должности в органе коммерческой организации при предоставлении согласия). Вопросы о согласии на участие работников, как носящие оперативный характер, не могут и не должны каждый раз выноситься на рассмотрение наблюдательного совета государственной корпорации. По-

рядок и случаи получения согласия работниками государственных корпораций следует регламентировать, если не на уровне нормативных правовых актов РФ, то хотя бы в локальных актах каждой государственной корпорации на основе определяемых государством методических подходов.

Вопрос о периодичности получения работником согласия высшего органа управления государственной корпорации имеет самостоятельное значение. Поскольку состав органов управления организаций должен обновляться с определенной применимым законодательством периодичностью, возникает неопределенность во времени его действия: данное согласие необходимо получать на каждый календарный год или на срок полномочий соответствующего органа, в деятельности которого принимает участие работник? Постановлением № 841 установлено, что подобное согласие требуется не всем работникам. В связи с этим следует признать проблему соблюдения данного ограничения, носящей методологический и правовой характер, требующей разрешения путем унификации правового регулирования на федеральном уровне с определением принципов и подходов к контролю уровня коррупционных рисков при занятии работниками должностей в органах коммерческих организаций. Единообразного решения требует вопрос формирования локального перечня, утверждаемого в государственной корпорации, в который могут включаться должности по различным основаниям (в связи с получением дохода в какой-либо сумме, с выполнением отдельных распорядительных функций, с занятием определенной должности в органах коммерческих организаций или сочетанием подобных должностей).

В соответствии с п. 4 ч. 4 ст. 349¹ ТК РФ работнику государственной корпорации запрещается получать в связи с исполнением трудовых обязанностей вознаграждение от иных юридических лиц, физических лиц (подарки, денежное вознаграждение, ссуды, услуги, оплату развлечений, отдыха и иные вознаграждения), за исключением исполнения функций членов органов управления и контроля коммерческих организаций и компенсации командировочных расходов, связанных с исполнением таких функций.

Разумеется, введение данного положения преследовало цель исключения либо минимизации коррупционных составляющих при исполнении работниками трудовых обязанностей. Однако законодатель, перечислив, что относится к вознаграждению, не отразил критерии (принципы), на основании которых можно было бы квалифицировать взаимосвязь вознаграждения именно с трудовой деятельностью работника. На практике это порождает ситуацию, когда любое вознаграждение работника государственной корпорации рассматривается в качестве связанного с трудовой деятельностью, что на наш взгляд, не является обоснованным и способно ущемлять права работника. Кроме того, рассматриваемая норма не предусматривает права «работников...на выкуп полученного ими подарка. Это...не должно являться основанием для поражения данного права указанной категории лиц»¹⁴.

Установленные законодателем запреты и ограничения прав работников государственных корпораций происходят, прежде всего, из особенностей правового статуса государственной корпорации как управляющего публичной собственностью, сочетающего в себе публичную и хозяйственную «сущности». Именно поэтому в части ограничений правовой статус работников государственных корпораций схож с правовым статусом государственных служащих. Государству в одинаковой степени необходимо, чтобы финансовые ресурсы государства равным образом защищались от коррупционных проявлений как на уровне чиновника, так и на уровне работника государствен-

¹⁴ Зайков Д.Е. Проблемы правового регулирования порядка получения подарков лицами, замещающими коррупционно опасные должности // Гражданин и право. 2015. № 2 // СПС КонсультантПлюс.

ной корпорации. При этом государственная корпорация сама по себе — рыночный инструмент реализации государственной политики. То, что невозможно при реализации функций органов государственной власти, можно сделать с учетом правового статуса государственной корпорации. Вследствие этого статус работника государственной корпорации конструируется в нормативных правовых актах более «мягким» при сохранении общих подходов к содержанию запретов и ограничений в их деятельности, свойственных регулированию труда государственных служащих.

Действующее правовое регулирование в рассматриваемой сфере не основано на четком, теоретически обоснованном разделении запретов и ограничений как самостоятельных правовых явлений. В большинстве случаев законодатель предпочитает называть запретом правило надлежащего поведения, являющееся фактически ограничением. Этот подход имеет смысл с учетом воспитательной и охранительной функций права, а также функций социального контроля.

Обозначенные в настоящей статье и многие иные вопросы регулирования труда работников государственных корпораций и их правового статуса в целом призваны, по нашему мнению, стать предметом серьезного и детального исследования в науке трудового права, результаты которого целесообразно в дальнейшем использовать при совершенствовании нормативных правовых актов или при выработке государством методических подходов к реализации на практике существующих запретов и ограничений прав работников государственных корпораций.



Библиография

- Багаряков А.В. Государственные корпорации: опыт и перспективы // Риск: ресурсы, информация, снабжение, конкуренция. 2011. № 3. С. 223–229.
- Беликов Е.Г. Финансово-правовые аспекты деятельности государственных корпораций // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2014. № 6. С. 236–241.
- Белицкая И.Я., Бочарникова М.А., Буянова М.О. и др. Особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников: учебное пособие / под ред. Орловского Ю.П. М.: Контракт, 2014. 304 с.
- Большой юридический словарь /под ред. Малько А.В. М.: Проспект, 2009. 704 с.
- Братко А.Г. Запреты в советском праве. Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1979. 92 с.
- Зайков Д.Е. Проблемы правового регулирования порядка получения подарков лицами, замещающими коррупционно опасные должности // Гражданин и право. 2015. № 2. С. 78–84.
- Зайков Д.Е. Недостатки правового регулирования противодействия коррупции в сфере трудовых отношений // Законодательство. 2014. № 5. С. 28–35.
- Кудашкин В.В. Особенности правового статуса работников государственных корпораций // Журнал российского права. 2011. № 8. С. 19–26.
- Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. Теоретико-информационный аспект. 2-е изд. М.: Юрист, 2005. 250 с.
- Мордачев В.Д. Запреты в трудовом законодательстве // Материально-правовые и процессуальные проблемы защиты субъективных прав: Межвузовский тематический сборник. Ярославль: Изд-во Ярославского университета, 1983. 119 с.
- Семенюта Н.Н. Запреты и ограничения в правовом регулировании трудовых отношений в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2000. 215 с.
- Скачкова Г.С. Дифференциация в трудовом праве и Трудовой кодекс РФ // СПС Консультант-Плюс.
- Султыгов М.М. Запрет как метод правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1996. 150 с.

Шиткина И.С. и др. Корпоративное право: учебник. М.: Волтерс Клувер, 2007. 648 с.
Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права. Курс лекций. Казань: КазГУ, 1987. 33

Particular Prohibitions and Restrictions of State Corporations Employees Rights



Mikhail Lovkov

Postgraduate Student, Labour and Social Security Law Chair, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: lovkov@inbox.ru



Abstract

The article investigates particular prohibitions and restrictions established by contemporary Russian Federation legislation in respect of status state corporations' employees. The author analyzes theoretical and practical problems associated with the implementation of these prohibitions and restrictions and explores the difference between them. State corporations' employees are the workers with a special legal status. As a matter of fact, the property of the state corporation is formed by the property of the Russian Federation. That's why implementation of the principle of avoiding any form of corruption offenses and misuse of monetary resources (or other assets) in state corporations has the priority importance. The content of prohibitions, restrictions and duties that apply to employees of state corporations are not the same for different categories of employees in the Russian Federation. It depends on the official position occupied by the employee. Prohibitions and restrictions established for all and for special categories of employees are investigated in the article. The article examines the issue of maintaining the balance between a control upon particular aspects of the activities of employees (imposition of limitations of their legal status which has the aim to exclude or minimize corruption) and interest of employees to obtain positive results in their work. Current prohibitions and restrictions on the rights of state corporations' employees are based on characteristics of the legal status of a state corporation as a manager of public property. Regulation of state corporations employees' labour and their legal status should be the subject of more serious and detailed research within the science of labour law in the Russian Federation. The results may be used for improving the enactments or approaches to the practical implementation of existing prohibitions and restrictions of state corporation employees' rights.



Keywords

employees, state corporation, labor relations, prohibitions, restrictions, peculiarities in labour regulation, counteracting corruption, legal status of employees, corruption risks.

Citation: Lovkov M.I. (2017) Particular Prohibitions and Restrictions of State Corporations Employees Rights. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 59–68 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.59.68



References

Bagaryakov A.V. (2011) Gosudarstvennye korporatsii: opyt i perspektivy [State Corporations: Experience and Perspectives]. *Risk: resursy, informatsiya, snabzhenie, konkurentsya*, no 3, pp. 223–229.

Belikov E.G. (2014) Finansovo-pravovye aspekty deyatelnosti gosudarstvennykh korporatsiy [Financial Law Aspects of State Corporation Activity]. *Vestnik Saratovskoy gosudarstvennoy yuridicheskoy akademii*, no 6, pp. 236–241.

Belitskaya I.Ya., Bocharnikova M.A., Buyanova M.O. (2014) *Osobennosti pravovogo regulirovaniya truda otdel'nykh kategoriy rabotnikov: uchebnoe posobie* [Specifics of Legal Regulation of Particular Categories of Employees. Textbook]. Moscow: Kontract, 304 p. (in Russian)

Bratko A.G. (1979) *Zaprety v sovetskom prave* [Prohibitions in Soviet Law]. Saratov: University, 92 p. (in Russian)

- Fatkullin F.N. (1987) *Problemy teorii gosudarstva i prava* [Issues of Theory of State and Law]. Kazan': University, 336 p. (in Russian)
- Kudashkin V.V. (2011) Osobennosti pravovogo statusa rabotnikov gosudarstvennykh korporatsiy [Labour Status of State Corporation Employees]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 19–26.
- Mal'ko A.V. (ed.) (2009) *Bol'shoy yuridicheskiy slovar'* [The Great Legal Dictionary]. Moscow: Prospekt, 704 p. (in Russian)
- Mal'ko A.V. (2005) *Stimuly i ogranicheniya v prave* [Incentives and Limitations in Law]. Moscow: Yurist, 250 p. (in Russian)
- Mordachev V.D. (1983) *Zaprety v trudovom zakonodatel'stve* [Prohibitions in Labour Law] / Material'no-pravovye i protsessual'nye problemy zashchity sub'ektivnykh prav [Substantive and Procedural Issues of Defending Legal Rights]. Yaroslavl': University, 119 p. (in Russian)
- Semenyuta N.N. (2000) *Zaprety i ogranicheniya v pravovom regulirovanii trudovykh otnosheniy v Rossiyskoy Federatsii: (Diss. ... kand. jurid. nauk)*. Prohibitions and Limitations in Legal Regulation of Labour Relations in the RF (Candidate of Juridical Sciences Thesis). Omsk, 215 p.
- Shitkina I.S. (2007) *Korporativnoe pravo: uchebnyk* [Corporate Law. Textbook]. Moscow: Wolters Kluwer, 648 p. (in Russian)
- Skachkova G.S. *Differentsiatsiya v trudovom prave i Trudovoy kodeks RF* [Differentiation in Labour Law and RF Labour Code]. SPS Konsul'tantPlyus.
- Sultygov M.M. (1996) *Zapret kak metod pravovogo regulirovaniya* (Diss. ... kand. jurid. nauk) [Prohibition as a Method of Legal Regulation (Candidate of Juridical Sciences Thesis)]. Saint Petersburg, 150 p.
- Zaykov D.E. (2015) Problemy pravovogo regulirovaniya poryadka polucheniya podarkov litsami, zameshchayushchimi korruptsionno opasnye dolzhnosti [Problems of Legal Regulation of Gifts to Officials]. *Grazhdanin i pravo*, no 2, pp. 78–84.
- Zaykov D.E. (2014) Nedostatki pravovogo regulirovaniya protivodeystviya korruptsii v sfere trudovykh otnosheniy [Shortcomings of Legal Regulation of Counteracting Corruption in Labour Relations]. *Zakonodatel'stvo*, no 5, pp. 28–35.

О месте отношений по трудоустройству в предмете российского трудового права



О.Ю. Павловская

доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: olga_pavlovskaya@hse.ru



Аннотация

Среди прав, составляющих содержание правового статуса гражданина в сфере занятости, важнейшим является право на выбор места работы. Это право граждане реализуют путем прямого обращения к работодателю или путем посредничества органов службы занятости или иных организаций по содействию в трудоустройстве населения. До принятия Трудового кодекса Российской Федерации прежний Кодекс законов о труде содержал главу «Занятость и трудоустройство». Трудовой кодекс РФ такой главы не имеет. Регулирование правовых, экономических и организационных условий обеспечения занятости и гарантий реализации права граждан на труд, определяются в настоящее время не Трудовым кодексом Российской Федерации, а текущим законодательством, среди которого ведущее место занимает Закон РСФСР «О занятости населения в Российской Федерации» от 19.04.1991. При этом в Особенную часть отрасли трудового права включен институт «Правовое регулирование занятости и трудоустройства». Он содержит нормы, определяющие права граждан в сфере занятости; правовой статус безработного, трудоустройство граждан, полномочия федеральных органов власти и органов власти субъектов РФ в сфере занятости, дополнительные гарантии трудоустройства для отдельных категорий граждан, испытывающих трудности в поисках работы, включая меры содействия занятости, и др. По этому поводу в юридическом сообществе развернута дискуссия, в центре внимания которой был и остается вопрос об отраслевой принадлежности отношений по трудоустройству. Поскольку полемика по этому вопросу не прекращается и он по-прежнему актуален, автор посвящает статью указанному вопросу. Подробно анализируются правовая природа отношений, возникающих при трудоустройстве граждан, мнения ряда российских ученых относительно рассматриваемого вопроса. Отдавая должное вкладу предшественников в науку трудового права, автор, в частности, отмечает, что было бы неправильным считать какой-либо из сложившихся научных подходов на правовую природу отношений по трудоустройству приоритетным. Придерживаясь указанной точки зрения, автор излагает свой взгляд на данный вопрос.



Ключевые слова

отношения по трудоустройству, содействие занятости, правовая природа, органы службы занятости, безработный, Трудовой кодекс РФ, работодатель, законодательство.

Библиографическое описание: Павловская О.Ю. О месте отношений по трудоустройству в предмете российского трудового права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 69–79.

JEL: K31; УДК:349

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.69.79

Реализация возможности трудиться является объективной реальностью, необходимостью и основной потребностью существования человека в обществе. Среди прав, составляющих содержание правового статуса гражданина в сфере занятости, важнейшим является право на выбор места работы. Это право граждане реализуют путем прямого обращения к работодателю — организации, обладающей правами юридического лица, либо физическому лицу, занимающемуся предпринимательством или нуждающемуся в обслуживании личного потребительского хозяйства. По обоюдному согласию сторон заключается трудовой договор. Наряду с этим право на выбор места работы может быть реализовано путем посредничества органов службы занятости или с помощью других организаций по содействию в трудоустройстве населения. Один из известных российских ученых-трудовиков — И.Я. Киселев характеризовал посредничество как «одно из важнейших направлений государства на рынок труда с целью расширения занятости, оказания помощи безработным в подыскании работы, профориентации молодежи, содействия ее профессиональной подготовки»¹.

В обеих формах реализации права граждан на выбор места работы проявляется важнейший принцип правового регулирования рынка труда — принцип свободы трудового договора. Так, Конституция Российской Федерации (ст. 37), провозглашая принцип свободы труда, не закрепляет возможности получения каждым гарантируемой работы, но вместе с тем оставляет каждому право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию. Таким образом, Конституция гарантирует право на защиту от безработицы, поскольку свобода труда невозможна без обеспечения занятости.

Трудовое законодательство России, закрепляя гарантии реализации прав граждан на труд, установило, что государство гарантирует гражданам, постоянно проживающим на территории страны:

- свободу выбора вида занятости, в том числе работу с различными режимами труда;
- бесплатное содействие органов Федеральной государственной службы по труду и занятости в подборе подходящей работы и в трудоустройстве;
- бесплатное обучение новой профессии (специальности), профессиональное обучение или получение дополнительного профессионального образования в системе службы занятости или по ее направлению в иных учебных заведениях с выплатой стипендии;
- компенсацию согласно законодательству материальных затрат, в связи с направлением на работу в другую местность по предложению службы занятости;
- правовую защиту от необоснованного увольнения и др.

Указанные положения в общих чертах определяют государственную политику в области занятости и гарантии реализации права на труд².

Конкретное регулирование правовых, экономических и организационных условий обеспечения занятости и гарантий реализации права граждан на труд, как уже отмечено выше, определяются в настоящее время не Трудовым кодексом Российской Федерации (далее — ТК РФ)³, а текущим законодательством: федеральными законами, подзаконными актами, а также нормативными правовыми актами субъектов федерации

¹ Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 97.

² См.: Трудовое право / под ред. О.В. Смирнова и И.О. Снигиревой. М., 2009. С. 202–203.

³ Хотя отдельные нормы данного института трудового права содержатся в его некоторых статьях, например, статьях раздела IX «Подготовка и переподготовка кадров» и др.

и органов местного самоуправления⁴. Ведущее место среди перечисленного законодательства занимает Закон РСФСР «О занятости населения в Российской Федерации» от 19.04.1991⁵ (далее — Закон о занятости).

Важно отметить, что прежний Кодекс законов о труде (КЗоТ) содержал отдельную главу «Занятость и трудоустройство». Ныне действующий ТК РФ такой главы не имеет. При этом в Особенную часть отрасли трудового права включен институт «Правовое регулирование занятости и трудоустройства». Он содержит нормы, определяющие права граждан в сфере занятости, правовой статус безработного, трудоустройство граждан, полномочия федеральных органов власти и органов власти субъектов России в сфере занятости, дополнительные гарантии трудоустройства отдельных категорий граждан, испытывающих трудности в поисках работы, включая меры содействия занятости, и др.

По этому поводу в научной литературе нередко высказывались критические замечания со стороны ряда российских ученых⁶. Например, В.Г. Сойфер писал: «Тесной связи положений и статей Закона о занятости и ТК РФ нет, сказались разрыв во времени принятия этих документов, этапы социально-экономических преобразований, развитие рынка труда и прочее, ученые и специалисты неоднократно обращали внимание на необходимость и целесообразность соединить идеи и задачи этих двух важных источников правового регулирования социально-трудовых отношений; подготовка специалистов по трудовому праву давно идет по такому пути; учебники по предмету «Трудовое право» включают разделы (главы), касающиеся вопросов занятости и трудоустройства... настало время отразить это обстоятельство в Трудовом кодексе РФ»⁷.

Вне всякого сомнения, данный вопрос относится к числу дискуссионных и не находит однозначного ответа. Однако не исключено, что при дальнейшей модернизации трудового законодательства эта задача может быть разрешена и в ближайшей перспек-

⁴ См., напр.: Федеральный закон №181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» от 24.11.1995 // СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4553; Федеральный закон №10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» от 12.01.1996 // СЗ РФ. 1996. №3. Ст.148; Федеральный закон №115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» от 25.07.2002 // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032; Постановление Правительства РФ от 05.02.1993 № 99 «Об организации работы по содействию занятости в условиях массового высвобождения» // Собрание актов Президента и Правительства РФ от 15.02.1993 №7. Ст. 564; Постановление Правительства РФ от 22.06.1999 «О мерах по поддержанию занятости населения» // Российская газета. 1999. 6 июля; Постановление Правительства РФ от 12.11.1999 «О внесении изменений и дополнений в Положение об организации общественных работ» // Российская газета. 1999. 24 ноября; Постановление Минтруда РФ и Минобразования РФ от 13.01.2000 № 3/1 «Об утверждении Положения об организации профессиональной подготовки, повышении квалификации и переподготовки безработных граждан и незанятого населения» // Бюллетень Министерства образования РФ. №5. 2000; Постановление Правительства РФ от 07.09.2012 «О порядке регистрации граждан и требованиях к подбору подходящей работы» (вместе с «Правилами регистрации граждан в целях поиска подходящей работы», «Правилами регистрации безработных граждан» и др.) // СЗ РФ. 2012. №38. Ст. 5103; Постановление Правительства РФ от 08.10.2012 № 1022 «Об утверждении положения о лицензировании деятельности, связанной с оказанием услуг по трудоустройству граждан Российской Федерации за пределами территории Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 42. Ст. 5713.

⁵ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1991. № 18. С. 565 и др.

⁶ См., напр.: Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России. М., 2007. С. 134; Сойфер В.Г. Занятость рабочих мест: некоторые актуальные проблемы // Законодательство и экономика. 2011. № 10. С. 62; Собченко О.В. Некоторые правовые проблемы занятости населения в Российской Федерации: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2005.

⁷ Сойфер В.Г. Занятость рабочих мест: некоторые актуальные проблемы // Законодательство и экономика. 2011. № 10. С. 62.

тиве. При этом в центре дискуссии был и остается ключевой вопрос — о месте отношений по трудоустройству в предмете российского трудового права.

Отметим, что помимо трудовых отношений, согласно ст. 1 ТК РФ, трудовое законодательство регулирует следующие отношения, непосредственно связанные с трудовыми:

1. по организации труда и управлению трудом;
2. по трудоустройству у данного работодателя;
3. по профессиональной подготовке, переподготовке и повышению квалификации работников непосредственно у данного работодателя;
4. по социальному партнерству, ведению коллективных переговоров, заключению коллективных договоров и соглашений;
5. по участию работников и профессиональных союзов в установлении условий труда и применении трудового законодательства в предусмотренных законом случаях;
6. по материальной ответственности работодателей и работников в сфере труда;
7. по государственному контролю (надзору), профсоюзному контролю за соблюдением трудового законодательства (включая законодательство об охране труда) и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права;
8. по разрешению трудовых споров;
9. по обязательному социальному страхованию в случаях, предусмотренных федеральными законами.

К настоящему времени в теории трудового права разработана научная концепция довольно сложной структуры предмета отрасли, включающего трудовые и производные общественные отношения, которые по отношению к трудовым принято называть предшествующими, сопутствующими или вытекающими. В.С. Андреев, например, определял предмет трудового права как «трудовые отношения рабочих и служащих и некоторые другие, тесно с ними связанные»⁸. По мнению А.И. Процевского, «сам факт участия людей в общественном труде порождает систему отношений, предшествующих и сопутствующих ему, а также за ним следующих»⁹.

Трудовое отношение выступает ядром предмета отрасли, основным общественным отношением, которое регулируется нормами трудового права. В связи с этим и в теории трудового права, и в ТК РФ используется формула «трудовые и иные непосредственно связанные с ними отношения»¹⁰. В ТК РФ употребляется понятие «трудовые отношения», что не совсем точно. В строгом смысле слова существует одно трудовое отношение, возникающее между работником и работодателем, на что уже давно обращали внимание специалисты в области трудового права¹¹.

Переходя непосредственно к исследованию правовой природы отношений по трудоустройству, отметим, что в ТК РФ они определены как отношения по трудоустройству, но только у данного работодателя и являются предшествующими трудовым. Причем структура отношений по трудоустройству включает три группы отношений по поводу трудоустройства.

⁸ Советское трудовое право / под ред. В.С. Андреева. М., 1971. С. 3.

⁹ Процевский А.И. Предмет советского трудового права. М., 1979. С. 28–29.

¹⁰ См.: Трудовое право: в 2 т. Т. 1 / отв. ред. Ю.П. Орловский. М., 2014. С. 18 (автор главы — А.Ф. Нуртдинова).

¹¹ Там же. См. также: Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. М., 1949; Краснопольский А.С. Трудовое правоотношение и трудовой договор / Вопросы советского гражданского и трудового права. М., 1952.

Первую группу составляют отношения между органом службы занятости и лицом (безработным или ищущим работу), обратившимся с заявлением об оказании содействия в трудоустройстве.

Во вторую группу входят отношения между органом службы занятости и организацией-работодателем по оказанию содействия в подборе персонала, предоставлению информации о наличии вакантных и рабочих мест и т.д.

Третья группа отношений включает в себя отношения между гражданином, направленным органом службы занятости и работодателем.

Однако в науке трудового права отсутствует единое мнение в вопросе о включении отношений по трудоустройству в предмет трудового права¹². Одни авторы рассматривают законодательство о занятости как комплексное, включающее нормы трудового, административного, финансового права, права социального обеспечения и, отчасти, гражданского права, и обосновывают формирование комплексного межотраслевого института обеспечения занятости¹³.

Другие исследователи, являясь приверженцами административно-правового подхода к определению правовой природы отношений по трудоустройству, не включают названные отношения в предмет отрасли.

Так, В.С. Андреев считал, что они носят преимущественно административно-правовой характер, и исключал из производных отношений отношения между органами трудоустройства и работодателями¹⁴. Подобного мнения придерживался К.П. Уржинский¹⁵. Е.Б. Хохлов также отмечает, что отношения по трудоустройству «являются если не исключительно, то по преимуществу публично-правовыми»¹⁶. В.К. Бегичев ранее также исключал эти отношения из предмета отрасли, констатируя их государственно-правовой характер (хотя позднее он скорректировал свою позицию и включил в предмет трудового права отношения между гражданами и предприятиями по поводу поступления-приема на работу)¹⁷.

Не остались в стороне от рассматриваемой дискуссии и сторонники той точки зрения, что отношения по трудоустройству у данного работодателя составляют предмет трудового права, называя их «отношениями по обеспечению содействия занятости или «отношениями по трудоустройству»¹⁸. Так, например, Е.Е. Орлова¹⁹, исследуя правовую природу отношений по трудоустройству, приходит к выводу, что в настоящее время по

¹² Эта проблема подробно исследовалась, например, М.В. и А.М. Лушниковыми. См.: Лушникова М.В., Лушников А.В. Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 363–365.

¹³ См., напр.: Андреева Л.А., Медведев О.М. Трудовой договор в России. М., 2004. С. 21 и др.

¹⁴ См.: Трудовое право / под ред. В.С. Андреева. М., 1976. С. 7–8.

¹⁵ См.: Уржинский К.П. Трудоустройство граждан в СССР. М., 1967. С. 41–42.

¹⁶ Трудовое право России / под ред. С.П. Маврина, Е.Б. Хохлова. М., 2007. С. 167 (автор главы — Е.Б. Хохлов.)

¹⁷ См.: Лушникова М.В., Лушников А.М. Указ. соч. С. 364; Бегичев Б.К. Трудовая правоспособность советских граждан. М., 1972. С. 28.; Советское трудовое право / под ред. Б.К. Бегичева и А.Д. Зайкина. М., 1985. С. 12.

¹⁸ См.: Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Указ. соч. С. 16; Трудовое право / под ред. О.В. Смирнова. М., 2003. С. 133–136; Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / отв. ред. проф. Ю.П. Орловский. М., 2015. С. 12; Трудовое право России / под ред. А.М. Куренного. М., 2004. С. 160–171; Орлова Е.Е. Правовая природа отношений, возникающих при трудоустройстве граждан // Российская юстиция. 2012. № 4 // СПС Консультант Плюс.

¹⁹ См.: Орлова Е.Е. Указ. соч.

своей природе отношения по трудоустройству у будущего (данного) работодателя являются организационными (процедурными), регулируются трудовым законодательством и составляют предмет трудового права²⁰.

В то же время А.Ф. Нуртдинова, чья точка зрения является наиболее логичной и убедительной, отмечает, что «отношения по трудоустройству традиционно относят к предмету трудового права»²¹, но при этом она вносит следующее уточнение. По ее мнению, отношения, входящие в первую группу (между органом службы занятости и лицом — безработным или ищущим работу) и вторую группу (между органом службы занятости и организацией-работодателем) носят административно-правовой характер. Отношения, составляющие третью группу (между гражданином, направленным органом службы занятости, и работодателем), в большей степени связаны с трудовым отношением, поскольку возникают между будущими сторонами трудового договора²². Свое мнение названный автор подтверждает тем, что «ТК РФ включает в круг отношений, регулируемых трудовым законодательством, только отношение между лицом, направленным органом государственной службы занятости (ГСЗ), и работодателем, который обязан рассмотреть вопрос о заключении трудового договора и сообщить о своем решении безработному (лицу, нуждающемуся в трудоустройстве) и соответствующему органу службы занятости»²³.

Данную точку зрения разделяет В.Ш. Шайхатдинов и другие авторы²⁴. В частности, М.В. и А.М. Лушниковы считают, что подобная позиция «представляется обоснованной, исходя из природы складывающихся отношений», т.е. «права и обязанности сторон определяются, подлежат правовой регламентации трудовым законодательством еще до возникновения трудовых отношений»²⁵.

Таким образом, сложилось три научных подхода к определению правовой природы отношений по трудоустройству, каждый из которых, безусловно, существенно дополняет учение о предмете трудового права и имеет соответствующую теоретико-правовую аргументацию. Однако, учитывая, что интерес к полемике по этому вопросу не снижается поскольку он по-прежнему актуален, было бы неправильным считать какой-либо из названных подходов приоритетным в исследуемой области. Придерживаясь данной точки зрения, попробуем отразить свой взгляд на данную проблему.

Первое из перечисленных нами ранее отношений по поводу трудоустройства возникает при обращении гражданина в Государственную службу занятости (ГСЗ) за содействием в поисках подходящей работы. На местах практическая работа по трудоустройству населения возлагается на территориальные органы службы занятости: центры занятости населения, которые выступают официальными органами трудоустройства. Они призваны выполнять посреднические функции, поскольку не обладают административно-правовыми полномочиями по отношению к работодателю. Тем не менее, акт направления на работу (на профессиональное обучение), выдаваемый органом трудоустройства, во многом предопределяет содержание соглашения гражданина с рабо-

²⁰ Там же.

²¹ См. Трудовое право: в 2 т. Т. 1. С. 25 (автор — А.Ф. Нуртдинова).

²² Там же.

²³ Там же.

²⁴ Шайхатдинов В.Ш. и др. Правовое регулирование содействия занятости населения. Екатеринбург, 2003. С. 14; Лушников М.В., Лушников А.В. Указ. соч. С. 363–364.

²⁵ Лушников М.В., Лушников А.В. Указ. соч. С. 363–364.

тодателем в процессе трудоустройства. В нем не только отражается предписание (рекомендация) принять гражданина на работу, но и указывается, по какой профессии, специальности, квалификации.

Второй вид правоотношений в сфере трудоустройства — это правоотношение: орган службы занятости — работодатель. Согласно Закону о занятости населения работодатели принимают участие в осуществлении государственной политики в области занятости. Содействие работодателей занятости осуществляется в различных формах. Главной из них следует признать соблюдение условий договоров, регулирующих трудовые отношения. Неукоснительное соблюдение работодателем условий трудовых договоров способствует стабилизации трудовых отношений, сокращению текучести рабочей силы. Кроме того, содействие занятости обеспечивается (п. 1 ст. 25 Закона о занятости):

а) оказанием помощи в трудоустройстве, прохождении профессионального обучения, получении дополнительного профессионального образования и предоставления сверх установленной законодательством дополнительной материальной помощи увольняемым работникам за счет средств работодателей;

б) созданием условий для профессионального образования, профессионального обучения и дополнительного профессионального образования работников, в том числе женщин в период отпуска по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет;

в) разработкой и реализацией мероприятий, предусматривающих сохранение и рациональное использование профессионального потенциала работников, их социальную защиту, улучшение условий труда и иные льготы;

г) соблюдением установленной квоты для трудоустройства инвалидов;

д) трудоустройством определенного органами исполнительной власти субъектов РФ и органами местного самоуправления количества граждан, особо нуждающихся в социальной защите, или резервированием отдельных видов работ (профессий) для трудоустройства таких граждан.

Правовой обязанностью работодателей является ежемесячное предоставление органам службы занятости:

- сведений о применении в отношении данной организации процедур несостоятельности (банкротства), а также информации, необходимой для осуществления деятельности по профессиональной реабилитации и содействию занятости инвалидов;

- информации о наличии вакантных рабочих мест (должностей), выполнении квоты для приема инвалидов.

Если работодатель принимает на работу гражданина, направленного службой занятости, он в пятидневный срок возвращает в орган службы занятости направление с указанием дня приема гражданина на работу. При отказе в приеме на работу работодатель делает в направлении органа службы занятости отметку о дне явки гражданина и причине отказа в приеме на работу и возвращает направление гражданину.

Работодатели имеют право получать от органов службы занятости бесплатную информацию о состоянии рынка труда. Указанная информация может быть получена в электронной форме с использованием информационно-коммуникационных сетей общего пользования, в том числе сети Интернет, включая единый портал государственных и муниципальных услуг, либо через многофункциональный центр государственных и муниципальных услуг (п. 1 ст. 26 Закона о занятости). Работодатель имеет право обжаловать действия органа службы занятости в вышестоящий орган службы занятости, а также в суд в установленном законом порядке (п. 4 ст. 26 Закона о занятости).

Третий вид правоотношений в области трудоустройства — отношения гражданина, устраивающегося на работу через посредничество ГСЗ и работодателя. Это правоотно-

шение возникает с момента получения гражданином направления службы занятости. Гражданин, взяв такое направление и предъявив его работодателю, выражает, таким образом, желание заключить с ним трудовой договор. Но прием на работу может и не состояться. Содержание данного правоотношения заключается в обязанности гражданина предъявить направление ГСЗ работодателю и право (но не обязанность) последнего принять на работу данного гражданина. При этом работодатель принимает на работу граждан, непосредственно обратившихся к нему с просьбой о трудоустройстве. Таким образом, в России отсутствует обязанность работодателя заключить трудовой договор с работником, имеющим направление службы занятости. Такое направление имеет только рекомендательный характер. Однако содержание этого правоотношения определяется основаниями возникновения трудового правоотношения и в значительной степени регулируется нормами ТК РФ.

Так, например, заключению трудового договора предшествуют обязанность работодателя ознакомить будущего работника под расписку с правилами внутреннего трудового распорядка, иными локальными нормативными актами, непосредственно связанными с предстоящей трудовой деятельностью работника, коллективным договором (ст. 68 ТК РФ), а также предъявление потенциальным работником соответствующих документов, перечень которых предусмотрен ст. 65 ТК РФ.

Заключению трудового договора предшествует и выполнение определенных условий. Например, предварительный медицинский осмотр с целью определения пригодности трудоустраиваемого по состоянию здоровья для выполнения будущей работы, предупреждения профессиональных заболеваний при поступлении на работы с вредными и (или) опасными условиями труда, в том числе на подземные работы (ст. 69 ТК РФ). Предварительные медицинские осмотры (обследования) проводятся при трудоустройстве на работы, связанные с движением транспорта, в организациях пищевой промышленности, общественного питания, лечебно-профилактических и детских учреждений (ст. 213 ТК РФ).

Прекращение отношений по трудоустройству обычно связывается с заключением трудового (ст. 57 ТК РФ) либо ученического договора (ст. 198 ТК РФ), т.е. с возникновением трудовых либо ученических правоотношений. Однако не исключено прекращение трудоустройства и до заключения указанных договоров. Это может иметь место в основном по инициативе трудоустраиваемого, а в отдельных случаях — и работодателя (например, несоответствие деловых качеств трудоустраиваемого предлагаемой работе, состояние здоровья и др.). Отметим, что ТК РФ предусмотрел соответствующие правовые предписания, обязательные для работодателя. В общей форме их содержание изложено в ст. 64 ТК РФ, которая запрещает необоснованный отказ в заключении трудового договора и предупреждает дискриминацию.

Подводя итог, сделаем следующие основные выводы.

Говоря о правовой природе отношений по поводу трудоустройства, констатируем, что их структура неоднородна и представляет собой три группы отношений по поводу трудоустройства.

Отношения, входящие в первую группу (между органом службы занятости и лицом — безработным, или ищущим работу), и во вторую группу (между органом службы занятости и организацией-работодателем) носят административно-правовой характер и не регулируются трудовым законодательством.

Отношения по трудоустройству у данного работодателя, составляющие третью группу (отношения между гражданином, направленным органом службы занятости и рабо-

тодателем), в значительной степени связаны с трудовым правоотношением, поскольку возникают между будущими (потенциальными) сторонами трудового договора. Их содержание предопределяется основаниями возникновения трудового правоотношения, регулируется ТК РФ и составляет предмет трудового права.

Таким образом, отношения по поводу трудоустройства, предшествующие трудовым, возникающие в связи с подысканием гражданами работы при содействии государственного органа службы занятости, включают три вида относительно самостоятельных, но при этом тесно взаимосвязанных отношений.

В ст. 2 ТК РФ в числе основных принципов правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений, закреплён принцип защиты от безработицы и содействия в трудоустройстве. Этот принцип является универсальным, поскольку распространяется не только на отношения работника, уже состоящего в трудовых отношениях, но также на отношения по трудоустройству:

- между лицом, ищущим работу, и будущим работодателем;
- на отношения по трудоустройству с участием государственной службы занятости;
- отношения по профессиональной подготовке и получению дополнительного профессионального образования по направлению службы занятости;
- отношения по выплате пособия по безработице и иным видам социальной поддержки безработных и др.

Таким образом, принимая во внимание тесную взаимосвязь названных выше отношений, точка зрения относительно включения в Трудовой кодекс РФ специальной главы, посвященной вопросам содействия занятости и трудоустройства, является не лишённой логического смысла и ее следует поддержать.



Библиография

- Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. М.: Изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. 336 с.
- Андреева Л.А., Медведев О.М. Трудовой договор в России. Учебное пособие. М: МИР, 2004. 212 с.
- Бегичев Б.К. Трудовая правоспособность советских граждан. М.: Юридическая литература, 1972. 243 с.
- Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России: Учебник. 3-е изд. перераб. и доп. М.: Юрист, 2001. 496 с.
- Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. Учебник для вузов. М.: Дело, 1999. 728 с.
- Краснопольский А.С. Трудовое правоотношение и трудовой договор по советскому праву / Вопросы советского гражданского и трудового права. М.: Изд-во Академии наук СССР, 1952. С. 111–190.
- Кулакова С.В. Некоторые правовые вопросы трудоустройства в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. 26 с.
- Лушников М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. 940 с.
- Орлова Е.Е. Правовая природа отношений, возникающих при трудоустройстве граждан // Российская юстиция. 2012. №4 // СПС Консультант Плюс.
- Процевский А.И. Предмет советского трудового права. М.: Юридическая литература, 1979. 224 с.
- Собченко О.В. Некоторые правовые проблемы занятости населения в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 30 с.
- Сойфер В.Г. Занятость рабочих мест: некоторые актуальные проблемы // Законодательство и экономика. 2011. № 10. С. 55–62.

Трудовое право: учебник / под ред. О.В. Смирнова и И.О. Снигиревой. 4-е изд. М.: Проспект, 2009. 624 с.

Трудовое право: в 2 т. Т.1: учебник для академического бакалавриата / отв. ред. Ю.П. Орловский. М.: Юрайт, 2014. 302 с.

Шайхатдинов В.Ш. и др. Правовое регулирование содействия занятости населения. Екатеринбург. 2003, 172 с.

On Employment Relations as Part of Russian Labour Law



Olga Pavlovskaya

Associate Professor, Department of Labour Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: olga_pavlovskay@hse.ru



Abstract

An integral right of a person in the sphere of employment is the right to the choice of job. The right is implemented by direct communication with the employer or by the assistance of employment agencies or other similar bodies. Prior to the modern Russian Federation Labour Code, the former Code (KZoT) contained a special chapter *Employment and Placement*. The current Labour Code does not have this chapter. Legal, economic and organizational conditions of employment are determined by the current legislative acts, in particular by RSFSR Law *On Employment of Population in the Russian Federation* dated April 19, 1991. It contains the rules determining the rights of citizens in employment; legal status of an unemployed person, powers and functions of federal and regional bodies; additional guarantees of employment for certain categories of citizens experiencing difficulties with employment. In this regard, academic community arranged a wide discussion which focused on the employment in a particular area. The interest to the discussion on the issue remains permanent in labour law. Hence the paper is devoted to the issue. The paper scrutinizes the legal nature of relations emerging under employment, the opinions of Russian researchers on this issue. The author's contribution may be represented by the thesis that it is irrelevant to consider any of the current approaches to the legal nature of employment relations as a priority. The application of the idea was the core of the author's research.



Keywords

labour relations, facilitating process of getting job, legal nature, employment agencies, unemployed person, Labour Code, employer, legislation.

Citation: Pavlovskaya O. (2017) Employment Relations as Part of the Russian Labour Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 69–79 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.69.79



References

Aleksandrov N.G. (1948) *Trudovoe pravootnoshenie* [Legal Relations]. Moscow: Yuridicheskoye izdatelstvo, 336 p. (in Russian)

Andreeva L.A., Medvedev O.M. (2004) *Trudovoy dogovor v Rossii. Uchebnoe posobie* [Labour Agreement in Russia. Manual]. Moscow: Mir Press, 212 p. (in Russian)

Begichev B.K. (1972) *Trudovaya pravospobnost' sovetskikh grazhdan* [Labour Capacity of Soviet Citizens]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 243 p. (in Russian)

Gusov K.N., Tolkunova V.N. (2001) *Trudovoe pravo Rossii: Uchebnik* [Russian Labour Law. Textbook]. Moscow: Yurist, 496 p. (in Russian)

Kiselev I.Ya. (1999) *Sravnitel'noe i mezhdunarodnoe trudovoe pravo. Uchebnik* [Comparative and International Labour Law. Textbook]. Moscow: Delo, 728 p. (in Russian)

- Krasnopol'skiy A.S. (1952) Trudovoe pravootnoshenie i trudovoy dogovor po sovetskomu pravu [Labour Relations and Labour Agreement under Soviet Law]. *Voprosy sovetskogo grazhdanskogo i trudovogo prava* [Issues of Soviet Civil and Labour Law]. Moscow: Akademia nauk SSSR, pp. 111–190.
- Kulakova S.V. (2003) *Nekotorye pravovye voprosy trudoustroystva v Rossiyskoy Federatsii: (Avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk)* [Legal Issues of Employment in the RF. Summary of Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 26 p.
- Lushnikova M.V., Lushnikov A.M. (2006) *Ocherki teorii trudovogo prava* [Essays in the Theory of Labour Law]. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press, 940 p. (in Russian)
- Orlova E.E. (2012) Pravovaya priroda otnosheniy, voznikayushchikh pri trudoustroystve grazhdan [Legal Nature of Relations under Employment]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 4. SPS Konsul'tant Plyus.
- Orlovskiy Yu.P. (ed.) (2014) *Trudovoe pravo* [Labour Law]. Moscow: Yurait, 302 p. (in Russian)
- Protsevskiy A.I. (1979) *Predmet sovetskogo trudovogo prava* [Subject Matter of Soviet Labour Law]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 224 p. (in Russian)
- Sobchenko O.V. (2005) *Nekotorye pravovye problemy zanyatosti naseleniya v Rossiyskoy Federatsii: (Avtoref. dis... kand. yurid. nauk)* [Legal Issues of Employment in the RF (Summary of Candidate of Juridical Sciences Thesis)]. Moscow, 30 p.
- Shaykhautdinov V.S. (2003) *Pravovoye regulirovanie sodeistviya zanyatosti* [Legal Regulation of Promoting Employment]. Ekaterinburg, 172 p. (in Russian)
- Smirnov O.V., Snigireva I.O. (eds.) (2009) *Trudovoe pravo: uchebnyk* [Labour Law. Textbook]. Moscow: Prospect, 624 p. (in Russian)
- Soyfer V.G. (2011) Zanyatost' rabochikh mest: nekotorye aktual'nye problemy [Job Employment: Urgent Issues]. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 10, p. 55–62.

The Law on Education of 2012 and Development of Educational Law in Russia



Alexander Kozyrin

Professor, Department of Financial, Tax and Customs Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: kozyrine@hse.ru



Tatyana Troshkina

Associate Professor, Department of Financial, Tax and Customs Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: troshkina@hse.ru



Abstract

In September 2013 Russia enacted a new law on education which introduced significant changes into the system of sources for Russian educational law. This article analyses the provisions of the education law that pertain to sources of educational law in the Russian Federation, the relationship between different levels of normative and legal regulation, including: international, national (federal laws and by-laws, legal regulation of relations in education at the regional and municipal levels in the Russian Federation), and the place of local normative acts within the mechanism for legal regulation of relations in education.



Keywords

education, educational law, sources of legal regulation, legislation on education, constitutional fundamentals of educational legislation, international treaties.

Citation: Kozyrin A.N., Troshkina T.A. (2017) The Law on Education of 2012 and Development of Educational Law in Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 80–91 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.80.91

Introduction

In the Russian Federation the state of education directly impacts both public social policy and the national economic development strategy. In modern society, virtually all aspects of public life and social development, including the economy, public security, science and technology, culture, and the environment, depend on the level and quality of education.

It would seem imperative that such a significant segment of social life should have an adequate legal base. However, for years there has been a mismatch between the socio-political significance of education and its special role in the process of economic modernization in Russia, on the one hand, and the state of the normative-legal base regulating relations in education, on the other.

The Law of the Russian Federation “On Education”¹ adopted in 1992 needed considerable reworking by the late 1990s. An ever-increasing number of amendments had made Russia’s educational legislation self-contradictory. Even so, perhaps the single greatest reason compelling the government to develop a new basic law on education was that the previous law had been adapted to regulate the Soviet model of education. A series of educational reforms in the late 1990s and the early 2000s brought about a radical change in the focus of normative-legal regulation, and it was necessary to pass a new basic law to make education legislation relevant to the new educational environment in Russia.

Initially, the authors of the new law went the way of codification and began to elaborate the Education Code of the Russian Federation. The Draft Code had been developed at the initiative of the Government of the Russian Federation and then submitted for public discussion. However, it was later decided not to enact the Code. Instead, the draft Federal Law “On Education in the Russian Federation” was developed to provide both general principles for regulating educational relations and norms regulating the individual levels of general and vocational education.

The new law on education has attracted much more attention from both the public and political parties than any other draft law. The number of amendments proposed during the course of public discussion was estimated in the thousands.

The new law on education was finally adopted² at the end of 2012. The Federal Law of December 29, 2012 “On Education in the Russian Federation” (hereinafter, the Law on Education of 2012), coming into effect on September 1, 2013, became the foundation for designing the education legislation that needed updating to accommodate the social and economic environment of the 21st century, as well as the obligations assumed by Russia as it integrated with the European educational system, particularly by joining the Bologna Process.

The Law on Education of 2012 and Updating Education Legislation

The fundamental law serving as the basis for the design of legislation on education is the Law on Education of 2012. According to its Preamble, the Law:

- Establishes the legal, organizational and economic basis of education in the Russian Federation;
- Establishes the basic principles of Russian Federation state policy for education;
- Sets general rules governing the educational system and educational activity;
- Defines the legal status of the parties in educational relations.

However, the Law on Education of 2012 is not the sole legal source regulating relations in education at the federal level.

In addition to that law, the sources of the Russian educational law include core federal laws adopted to regulate relations in education (for example, the Federal Law on Moscow State University and Saint-Petersburg State University³), as well as a whole range of “non-core” laws.

Such non-core laws are adopted to regulate a variety of relations and contain separate provisions affecting education and educational activity. These laws may be grouped as follows:

¹ Law of the Russian Federation of July 10, 1992. No. 3266-1. Rossiyskaya Gazeta. No. 172. July 31, 1992.

² Federal Law of December 29, 2012. No. 273-FZ // Collection of Legislation of the Russian Federation. 2012. No. 53. Art. 7598.

³ Federal Law of November 10, 2009 No. 259-FZ “On Moscow State Lomonosov University and Saint-Petersburg State University” // Collection of Legislation... 2009. No. 46. Art. 5418.

- Federal laws regulating fundamental organizational matters in education: “On Languages of the Peoples of the Russian Federation”, “On Freedom of Conscience and Religious Associations”, “On National Cultural Autonomy” and other laws;
- Federal laws with provisions regulating specific types of education: military education (“On Military Duty and Military Service”), sports training (“On Physical Culture and Sports in the Russian Federation”), professional education of persons sentenced to imprisonment (the Criminal Executive Code of the Russian Federation) and other federal acts;
- Federal laws which set the incentives for parties in educational relations: “On Additional Guarantees of Social Support to Orphaned Children and Children Left without Parental Care”, “On the Social Protection of Disabled Persons in the Russian Federation”, “On Alternative Civil Service” and others;
- Federal laws regulating labor relations and setting the procedure for social maintenance of parties in educational relations: “On the Procedure for Establishing the Amounts of Grants and Social Payments in the Russian Federation”, the Labor Code of the Russian Federation and others;
- Federal laws regulating relations in the economy and in the finance of education: the Civil Code of the Russian Federation; the Tax Code of the Russian Federation, the Budget Code of the Russian Federation, the Federal Law “On Autonomous Institutions” and others;
- Federal laws establishing criminal and civil offenses in education: the Criminal Code of the Russian Federation, the Code on Civil Offenses.

If this is sufficient to show that some norms regulating relations arising in education are not derived from legislation on education as such (for example the norms of tax, criminal and civil law), then the conclusion that most of these other norms of educational law are derived from the non-core laws reflects the absence of a systematic approach to the legal regulation of education. In practice, this situation can lead to a variety of legal collisions and definitely reduces the effectiveness of legal regulation.

Let us delve into the concept of “education legislation” as it is defined in the Law on Education of 2012.

Since Soviet times a dual approach to the concept of legislation has been followed in legal studies. Jurists made a distinction between legislation in a broad and narrow sense. *In the narrow (proper) sense* legislation was taken to be a set of laws derived from the normative legal acts adopted by legislative bodies and having supreme legal force. Legislation *in the broad sense* meant the external expression of objective law, the aggregate of generally binding legal acts. This concept of legislation covered various legal acts issued by authorized state bodies and establishing the rule of law. They included both legislative acts and regulations.

The predominance of a broad approach to the definition of legislation stems from a refusal to accept the principle of separation of powers and the concentration of legislative and executive powers in the councils, the governmental authorities of that period⁴.

In the reaction against Soviet ideological dogmas lawmaking practices during the 1990s were gradually tending to adopt the narrow (proper) sense of legislation. The departure from the broad approach to defining legislation was fixed in the Civil Code of the Russian Federation of November 30, 1994, in which civil law was defined as a set of laws comprising the Civil Code

⁴ In addition to these, several other bodies were authorized to issue acts of a legislative character during the Soviet period. Prior to the adoption of the USSR Constitution in 1936, the legislative authorities included the Congress of Councils, the Central Executive Committee and the Council of People’s Commissars, and commissariats were also entitled to issue legislative acts in the first years of Soviet government up to 1920.

and other federal laws adopted in accordance with the code and regulating civil relations⁵. (The term “legislation” in the narrow (proper) sense of the word is used in most of the current codes (the Labor Code [Article 5], the Land Code [Article 2], the Forestry Code [Article 2] and others).

In present-day lawmaking practice, however, the approach to defining legislation is extremely inconsistent. In some newly adopted codes and other federal laws there are examples indicating a return to the concept of legislation in the broad sense. Legislation is still being understood as a certain normative base that is not homogeneous in its legal nature⁶.

Such inconsistency in the approach to defining legislation indicates the absence of an established concept for lawmaking.

According to the Law “On Education” of 1992 (Article 3), the Constitution of the Russian Federation, the Law on Education itself, as well as “laws *and other federal legislative acts of the Russian Federation* adopted in accordance therewith, laws *and other normative legal acts* in the field of education of the constituent entities of the Russian Federation” constituted the education legislation of the Russian Federation. Introduction of “other normative legal acts” into the composition of education legislation meant actually resorting to the concept of legislation in the broad sense as a set of legislative acts and normative acts of a subordinate nature (such as decrees of the President, decisions of the government, orders from ministries and others).

The Law on Education of 2012 (Article 4) retains the concept of “education legislation” provided for in the Law of 1992: “Relations in the field of education shall be regulated by the Constitution of the Russian Federation, the present Federal law, and other federal laws, normative legal acts of the Russian Federation, and laws and other normative legal acts of the subjects [constituent entities of the Russian Federation] containing norms regulating relations in the field of education (hereinafter, education legislation)”.

This state of affairs in Russian legislation can hardly be regarded as satisfactory because, for example, the legislation refers exclusively to legislative acts when regulating labor and family relations, while regulation of relations in the field of education is based on legislation including both legislative acts proper and numerous subordinate normative legal acts adopted in accordance with them.

Article 4 of the Law on Education of 2012 establishes the system of legal regulation of relations in education.

Despite the obvious importance of legislative acts in regulating educational relations, the system of sources for educational law is not limited to laws alone.

⁵ It is noteworthy that the relevant article of the Civil Code of the Russian Federation (Article 3) is called the “Civil Legislation and Other Acts Containing Norms of Civil Law”. Para 3, 4 and 7 of the article provide for the possibility of adopting normative acts regulating civil relations by the President of the Russian Federation, the Government of the RF and federal ministries. However, such normative acts are of a subordinate nature and are not to be included in the civil legislation.

⁶ For example, Article 5 of the Housing Code of the Russian Federation states that the housing legislation consists of the Housing Code of the Russian Federation, other federal laws adopted in accordance with the code, and decrees of the President of the RF, decisions of Government of the RF, normative legal acts of federal executive bodies, and other normative legal acts issued by the constituent entities of the Russian Federation, and normative legal acts of local self-government bodies. According to Article 2 of the Federal Law of January 10, 2002 No.7-FZ “On Environmental Protection”, the legislation on environmental protection includes the Federal Law “On Environment Protection” along with other federal and regional normative legal acts adopted in accordance with the law.

Both these examples exhibit the broad approach to defining legislation, under which legislation is understood as a collection of normative legal acts. These examples represent legislative acts adopted ten years after the adoption of the Civil Code of the Russian Federation in which its authors referred to “legislation” in the narrow (proper) sense.

Along with legislative acts, it includes the Constitution of the Russian Federation, which contains fundamental principles of educational law and determines the right of everyone to education; international treaties of the Russian Federation establishing international legal commitments of the Russian Federation in the field of education; subordinate acts issuing by the head of state, the government and federal executive bodies; normative legal acts regulating educational relations at the regional level (the level of the subject [the constituent entity] of the Russian Federation) and at the municipal level, as well as local normative acts.

The Constitutional Fundamentals of Educational Legislation

The supreme position in the hierarchy of sources for Russian educational law belongs to the Constitution of the Russian Federation, which celebrated its 20th anniversary in 2013.

The supreme legal force of the Constitution in legal regulation of education is determined first by the constitutional provision (Article 15) according to which “the Constitution of the Russian Federation shall have the supreme juridical force, direct action, and shall be used on the whole territory of the Russian Federation; laws and other legal acts adopted in the Russian Federation shall not contradict the Constitution of the Russian Federation”. Second, the force of the Constitution is conditioned by the goals and objectives of education legislation, which are established in the Law on Education of 2012.

The aim of education legislation is the establishment of state guarantees and mechanisms for exercising human rights and freedoms in education. Among its main objectives is ensuring and defending the constitutional right to education of citizens of the Russian Federation.

The constitutional basis of educational law is determined in Article 43, which provides for the right of every Russian citizen to education, and Article 72 referring general education issues to the joint jurisdiction of the Russian Federation and the constituent entities of the Russian Federation, as well as in Article 114 establishing that the Government of the Russian Federation should ensure implementation of uniform state policy for education⁷.

Constitutional provisions of educational law may be further elaborated through decisions issued by the Constitutional Court of the Russian Federation.

International Treaties and Educational Legislation

The development of academic mobility, international exchanges in education, science and culture, and modern processes in the globalization of education require substantial international legal regulation of educational relations.

To date, a significant set of international legal acts pertaining to education has already been formulated, and these can provisionally be called international educational law.

The norms governing educational relations may be contained in:

- International legal acts of a universal character adopted under the auspices of the UN, UNESCO, the International Labor Organization and others;

⁷ The supreme position of the Constitution of the Russian Federation within the system of educational law and the provision requiring conformity of all other sources of educational law to the Constitution, are obvious. At the same time, this special place of the Constitution cannot be considered as grounds for attributing acts of education legislation to it (such a conclusion might be drawn based on the meaning of the norm provided in the Para 1 of Article 4 of the Law on Education of 2012). The wording of the Para 1, Article 4 in its current form is due to the legal and technical insufficiency of the new law on education.

- Regional international legal acts issued within the Council of Europe, the CIS, or the EurAsEC;
- Various international bilateral cooperation agreements in education, science and culture.

Provisions of international educational law can be included in international treaties regulating educational relations only and may also be incorporated in international treaties in which educational matters are addressed directly or indirectly, along with other matters (the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Covenant on the Rights of the Child, etc.).

To define the relationship between Russian education legislation and the provisions of international treaties of the Russian Federation, the legislator in Para 6, Article 4 of the Law on Education of 2012 adduces the constitutional principle of the priority international treaties formulated in Article 15 of the Constitution of the Russian Federation: “If an international treaty of the Russian Federation sets other rules than those envisaged by Federal law, the rules of the international agreement shall be applied”.

Subordinate Normative Legal Acts Adopted at the Federal Level

Even if educational relations are governed in detail at the legislative level, there is always a need for legal regulation implemented through by-law regulations. Issuing subordinate legal acts is more efficient because it allows rapid responses to new developments in education. In certain cases the rules of federal laws refer directly to the normative legal acts to be adopted by the Government or by federal executive authorities.

As already noted, subordinate normative acts are to be included in education legislation in accordance with the definition of education legislation contained in the Article 4 of the Law on Education of 2012, This brings about an extension of the legislation and requires establishing clear standards for its formulation and ensuring its conformity with the basic provisions of the Law on Education of 2012.

The legal guarantees of integrity and consistency in education legislation are set forth in the norms of the Law on Education of 2012, which:

- Establish the basic principles of state policy and legal regulation of relations in education (Article 3);
- Set the goals and objectives of the legal regulation of relations in education (Para 2, 3 of Article 4);
- Fix the principle, according to which the norms of subordinate legal acts must conform to the Law on Education of 2012 and may not restrict the rights or limit the guarantees established by the Law (Para 4, Article 4);
- State the rule for resolving legal conflicts that may arise in education legislation: in the event of a discrepancy between the by-law norms regulating relations in education and the norms of the Law on Education of 2012, the norms of the Law on Education are to be applied (Para 5, Article 4);
- Fix powers of federal executive bodies in the field of education (Article 6).

The system of sources of educational law at the federal level includes decrees of the President of the Russian Federation, decisions of the Government of the Russian Federation, as well as orders issued by the federal executive bodies.

These acts are to be adopted to regulate exclusively educational relations or are to contain separate provisions concerning relations in education if they are issued to regulate other relations.

The President of the Russian Federation exercises legislative powers in education pursuant to his constitutional authority to determine the main directions of state policy in science and education.

The Decrees of the President concern the most important endeavors of state educational policy, public administration in education, and guarantees of the constitutional right of every citizen to education (for example, Decrees of the President of the Russian Federation of May 7, 2012 No. 599 “On Measures for Implementation of the State Policy in the Field of Science and Education”; of March 4, 2010 No. 271 “Issues of the Ministry of Education and Science of the Russian Federation”; and of May 7, 2008 No. 716 “On Federal Universities”).

In order to facilitate implementation of the President’s authority in education and science, the Department on Science and Education Policy was established within the structure of the Presidential Administration. According to the Regulation on the Department approved by the Presidential Decree of June 25, 2012 No. 882, the main functions of the Department include support in developing draft decrees, orders and instructions of the President of the Russian Federation on science and education.

In order to develop science and education in the Russian Federation and to improve public administration in this field, the Council under the President of the Russian Federation on Science and Education was established as an advisory body under the head of state to facilitate interaction among federal public authorities, public authorities of the constituent entities of the Russian Federation, local self-government bodies, public associations, and scientific and educational institutions. Its mission is to ensure cooperation among them on issues related to scientific and educational development, as well as to prepare proposals for the President of the Russian Federation on urgent public policy issues pertaining to the progress of science and education. The Council’s activity is regulated by the Decree of the President of the Russian Federation of July 28, 2012, No. 1059 “On the Council on Science and Education under the President of the Russian Federation”. One of the main tasks of the Council is to develop proposals for the President of the Russian Federation that set the priorities and mechanisms for scientific and educational development in the Russian Federation, along with measures providing for implementation of public policy in science and education.

The Government of the Russian Federation is vested with significant law-making authorities in the field of education. The Law on Education of 2012 contains regulations binding the Government of the Russian Federation to issue by-law normative acts. For example, by Article 11 the Government must approve the procedure for elaboration, endorsement and amendment of the Federal State Educational Standards (Decision of the Government of the Russian Federation of August 5, 2013 No. 661). In compliance with Article 46, the Government of the Russian Federation is entitled to approve the list of teaching and managerial employees of educational organizations (Decision of the Government of the Russian Federation of August 8, 2013 No. 678); Article 54 specifies the right to approve the rules for rendering paid educational services (Decision of the Government of the Russian Federation of August 15, 2013 No. 706), etc.

The Department of Science, High Technology and Education formed within the structure of the Government apparatus, supports the Government’s activities on matters within its scope and interacts with the appropriate federal executive bodies and other public authorities and organizations (Para 12 of the Regulation on the Apparatus of the Government of the Russian Federation approved by the Decision of the Government of June 1, 2004 No. 260). The tasks of the Department include developing draft acts to be issued as decisions by the Government (Para 13 of the Regulations).

Perhaps the largest group of subordinate normative legal acts adopted at the federal level for regulating educational relations is constituted by orders of the federal executive bodies.

The federal executive body which develops state policy and carries out normative legal regulation in education is the Ministry of Education and Science of the Russian Federation (Decision of the RF Government of June 3, 2013 No. 466). The Regulation on the Ministry of Education and Science contains a list of more than 70 (!) activities in education to be governed by the normative legal acts of the Ministry, and this list remains open. It includes:

- Procedures for populating the list of professions, specialties and types of training and indicating the qualifications for each respective profession, specialty and type of training;
- Organization and implementation rules for educational activities by educational programs (at different levels and/or orientations) or by types of education;
- Procedures for applying e-learning and other distance learning technologies in the educational programs of educational organizations;
- Procedures for developing the federal specifications applicable to textbooks recommended for use in state accredited educational programs offering primary general, basic general, and secondary general education;
- The conditions and procedures for transferring students from paid education to free education;
- The grounds and procedures for allowing academic leave to students;
- The list of indicators, criteria and required frequency for evaluating the effectiveness of development programs implemented by the national research universities;
- And many others.

The Ministry of Education and Science holds a central place in the system of bodies charged with public administration of education, but it is not the sole federal executive authority vested with powers to implement normative legal regulation in education (Para 4, Article 89 of the Law on Education of 2012). Along with the Ministry of Education of Russia, subordinate normative legal acts may be also issued by federal state bodies responsible for educational organizations. As examples there are the orders of the Ministry of Health of Russia of September 3, 2013 No. 62 “On Approval of the Procedure for Organization and Conducting of Internship in the Vocational Education Programs of Medical Education and Pharmaceutical Education”; the decrees of the Minister of Defense of the Russian Federation of April 24, 2010 No. 100 “On Approval of the Instruction on the Conditions and Procedure for Admission to Study in the Military Higher Vocational Education Organizations of the Ministry of Defense of the Russian Federation”; the orders of the Ministry of Justice of Russia of November 21, 2005 No. 223 “On Organizing of the Acquisition of Basic General and Secondary (Complete) General Education by Prisoners in the Evening (Shift) General Education School of Correctional Colony of the Penal Executive System” and other acts.

Normative Legal Acts Adopted at the Level of a Constituent Entity of the Russian Federation

According to the education legislation and in other areas for which the Constitution of the Russian Federation assigns legislative regulation to the joint jurisdiction of the Russian Federation and its constituent entities, the concept of “legislation” includes regional laws (laws of the constituent entities of the Russian Federation) along with the federal ones.

The Law on Education of 2012 defines the powers of state bodies of the constituent entities of the Russian Federation in education (Article 7), as well as the federal powers in education that may be delegated to the state authorities of the constituent entities of the Russian Federation (Article 6).

In addition, the Law (Para 4 and 5, Article 4) establishes the principle of conformity of regional legislation to the Law on Education of 2012 as follows:

- Provisions of the laws and other normative legal acts of the constituent entities of the Russian Federation regulating relations in education are to conform to the Law on Education of 2012 and may not restrict the rights or limit the guarantees established by the Law;
- If provisions of regional acts of education legislation do not conform to the provisions of the Law on Education of 2012, the provisions of the federal law are to be applied.

The normative legal acts regulating general aspects of educational activity in a specific region are distinguished from regional education laws and other normative legal acts (the Law of Moscow of June 20, 2001 “On Educational Development in Moscow”, the Law of Republic of Dagestan of November 3, 2006 “On Education” and other acts) as are the normative legal acts on matters within the competence of the constituent entities of the Russian Federation (the Law of Belgorod Region of July 3, 2006 “On Establishing Regional Component of the Federal State Educational Standards of General Education in Belgorod Region”; the Law of Stavropol Territory of February 10, 2009 “On Cadet Education and Cadet Educational Organizations”; Decree of the President of Republic of Bashkortostan of December 31, 2009, “On Approval of the Concept of National Educational Development in the Republic of Bashkortostan”; Decision of the Head of Administration of Krasnodar Territory of December 31, 2004 “On Approval of Regulations on Procedures for Admission to State Educational Organizations for Primary Vocational Education in Krasnodar Territory” and other acts).

A special place among the sources of educational law is held by normative legal acts establishing specific guarantees for the parties in educational relations (the Law of Moscow of April 28, 2010 “On the Education of Persons with Special Needs in Moscow”; the Law of Khabarovsk Territory of February 14, 2005 “On Measures of Social Support to Employees of Educational Organizations and Additional Guarantees Ensuring the Right to Education for Certain Categories of Students”), as well as by acts regulating economic and financial relations in education (the Law of the Republic of Buryatia of July 11, 2011 “On Established Standards of Financial Provision for General Education in Republic of Buryatia”; the Law of the Amur Region of August 29, 2011 “On Financial Provision for State Guarantees Ensuring the Rights of Citizens to Public Schools and Free Access to Pre-Schools, General and Supplemental Education in General Educational Organizations”).

Regional education legislation is now being revisited because many of the existing normative legal acts had been approved long before the adoption of the Law on Education of 2012. The constituent entities of the Russian Federation have begun the process of bringing the regional education legislation into compliance with the provisions of the Federal Law of 2012. A new generation of laws on education have already been enacted in some regions: the Law of Saint Petersburg of July 17, 2013 “On Education in Saint Petersburg”; the Law of Omsk Region of July 18, 2013 “On Regulation of Relations in Education in the Omsk Region”; the Law of the Tula Region of September 30, 2013 “On Education” the Law of the Republic of Altay of November 15, 2013 “On Education in Republic of Altay” and other laws.

Municipal Normative Legal Acts in Education

Municipal entities are also vested with certain powers in education. In conformity with the Federal Law of October 6, 2003 No. 131-FZ “On General Principles of Organization of Local Self-Government in the Russian Federation”, the issues of local importance include:

- Organization of public and free access to primary general, basic general, and secondary general education within general education programs;

- Providing additional education for children and public free pre-school education on the territory of municipal entity;
- Organization of recreation for children during school vacation, etc.

The powers of local self-government bodies in municipalities and urban districts in education are established in Article 9 of the Law on Education of 2012.

Local self-government bodies and their officials are to adopt municipal legal acts on matters of local importance binding within the territory of the municipal entity.

Thus, a provision of the educational law may be incorporated into a normative legal act issued at the municipal level⁸.

The municipal acts regulating educational relations comprise the largest group of sources for educational law. They are issued by local self-government bodies on educational matters within the competence of the municipal authorities (Decision of the Council of Deputies of the Kolomna Urban District of the Moscow Region of March 29, 2013 “On Approval of the Regulations on the Procedure for Charging Parents [Legal Representatives] for Child Care in the Educational Organizations of the Kolomna Urban District Providing Pre-school Education in the Basic General Curricula”; the Decision of the Petrozavodsk City Council of September 28, 2010 “On Approval of Regulations on the Organization of Additional Education for Children in the Municipal Educational Organizations of the Petrozavodsk Urban District”; Resolution of the Head of the Executive Committee of the Naberezhnye Chelny City Municipality of April 24, 2007 “On Approval of Regulations on the Organization of Vocational Recreation for Children in Naberezhnye Chelny City”; Resolution of the Head of the Administration of Makhachala of June 3, 2010 “On the Approval of Regulations on the Remuneration of Labor to the Employees of the Municipal Educational Organizations in Makhachkala”, etc.).

Analogous to the normative legal acts issued by the constituent entities of the Russian Federation, norms issued through municipal legal acts regulating educational relations are also required to conform to the provisions of the federal law as specified by the Law on Education of 2012 (Para 4,5, Article 4).

This principle contributes to the unity and consistency of the legislation on education and allows for municipal sources of educational law adopted prior to 2012.

Local Normative Acts

What is novel in the Law on Education of 2012 is the inclusion of a separate article devoted to local normative acts⁹ within the body of the law. Local acts (orders, regulations, rules, rules of procedure, directives and so on) have special significance for the legal regulation of educational relations because they are issued by educational organizations on the main issues of the organization and performance of educational activities. They set the rules for admission to education, training schedules, the manner of monitoring progress, and interim assessment of students. The acts also establish the procedures and grounds for the transfer, expulsion and

⁸ There is an inconsistency in relation to municipal acts in Article 4 of the Law on Education of 2012. These acts are not mentioned in the Para 1, Article 4, which lists the forms of legal regulation of educational relations. However, in Para 4 and 5 of the same article, the legislator establishes the requirement that norms contained in municipal acts conform to the provisions of the Federal Law; and in the event that a conflict between norms should arise, priority is given to the provisions of the Law on Education of 2012.

⁹ Local acts regulate educational relations concerning specific educational organizations and as such should be mentioned in Article 4 of the Law on Education of 2012 that lists all forms of legal regulation of relations in education.

reenrollment of students and so on. Matters governed by the local acts are “closer” to the parties in educational legal relations. The local acts often provide the first experience of using the sources of educational law for students and parents of the minor students.

Requirements for local acts are set forth in the Law on Education of 2012. According to Article 30 of the Law, local normative acts shall be adopted:

- First, in compliance with the legislation of the Russian Federation; they should not contain provisions that worsen the position of the students or the employees of educational organizations in comparison with the position envisaged by the provisions of education and labor legislation;
- Second, within the competence of the educational organization from which they originate;
- Third, in accordance with the Charter of the respective educational organization.

Local regulations that do not meet these requirements may not be applied and are to be annulled by the issuing educational organization. The Law on Education of 2012 stipulates the negative consequences for local acts adopted in contravention of the requirements established by the Law. These provisions are aimed at ensuring the unity and consistency of the entire system of legal regulation of educational relations.

The value of local normative acts and their special place in the system of sources for educational law are justified by the fact that the procedures for their development and adoption in cases where they concern the rights of students and employees of educational organizations take into account the opinion of the students’ councils, parent councils, and employees’ representatives.

Such procedures permit “fine tuning” of local normative acts and recognize the interests of all parties in educational relations.

Conclusion

The year 2013 will figure in the history of modern Russian law as the year when the new federal law on education came into effect. Nearly everyone agrees on the importance of this legislation for all aspects of Russian socio-economic life. The urgent need for legislative reforms in education was obvious inasmuch as the previous Law on Education of 1992 had long been outdated.

Vehement debates held the stage during discussion of the draft law, and they are continuing because of different views on the content and ways to implement educational reform in the Russian Federation. We did not touch upon the issues related to reforming the educational system in this article or upon the expediency and effectiveness of changes in particular norms: the form of the educational law was the focus of this study rather than its content.

Has the adoption of the new law on education facilitated the formulation of an effective system for legal regulation of education? The answer to this question will be apparent later in the practices of law enforcement. However, we can already say that the task of systemizing legislation that regulates relations in education still remains on the agenda. The fact that regulation of the most important aspects of educational policy is carried out based on dozens (!) of various federal laws would lead to the conclusion that efforts at systemizing have been incomplete, while it also complicates the process of making all the numerous regional and municipal acts regulating relations in education fall into compliance with the federal legislation. Of course, this sort of disarray in the legislative basis applicable to education impedes its use by the ultimate subjects of educational law, who without any exaggeration comprise most of the Russian population.

Therefore, we can conclude that, when the new law on education came into effect in 2013, a lengthy stage in reworking education legislation was completed. However, the task of systemizing it and optimizing its legal forms is still to come.



References

- Bratanovsky S.N., Kocherga S.A. (2016) Administrativnye prava grazhdan v sHERE obrazovaniya [Administrative Rights of Citizens in the Sphere of Education]. *Administrativnoie pravo*, no 1, pp. 28–33.
- Durand-Prinborgne C. (1998) Le droit de l' éducation. Enseignements scolaires. Traité théorique et pratique. Paris: Hachette, 480 p.
- Fedorova M.Yu. (2004) *Obrazovatelnoye pravo* [Educational Law]. Moscow: Vldos, 320 p. (in Russian)
- Kozyrin A.N. (2008) Sovremennyye problemy sistematizatsii obrazovatel'nogo zakonodatel'stva [Modern Issues of Educational Legislation Systematization]. *Ezhegodnik rossiyskogo obrazovatel'nogo zakonodatel'stva* [Yearbook of Russian Educational Legislation]. Moscow: FSOZ, vol. 3, no 2, pp. 5–30.
- Kozyrin A.N., Troshkina T.N., Yalbulganov A.A. (2011) Obrazovatelnoye pravo kak uchebnaya disciplina [Educational Law as an Academic Subject]. *Reformy i pravo*, no 4, pp. 50–54.
- Kozyrin A.N. (ed.) (2015) Obrazovaniye: Zakon i grazhdanin [Education: Law and Citizen]. *Bibliotekha Rossiyskoj Gazety*, issue 17, 176 p.
- Kozyrin A.N., Troshkina T.N. (2015) Osnovnyye printsipy gosuderastvennoi politiki i pravovogo regulirovaniya otnosheniy v sHERE obrazovaniya: komentarii k statie 3 federal'nogo zakona Ob obrazovanii v Rossiyskoy Federatsii [Basic Principles of State Policy and Legal Regulation of Relations in the Field of Education: Commentary to Article 3 of the Federal Law "On Education in the Russian Federation"]. *Reformy i pravo*, no 3, pp. 18–32.
- Kozyrin A.N., Korf D.V., Yalbulganov A.A. (2010) Upravlenie obrazovaniem: sravnitel'nyi analiz rossiyskogo i zarubezhnogo zakonodatel'stva [Educational Management: Comparative Analysis of Russian and Foreign Legislation]. *Reformy i pravo*, no 3, pp. 43–62.
- Kuzibetskiy A.N. (ed.) (2015). *Obrazovatelnoye pravo* [Educational Law]. Moscow: Academia Press, 256 p. (in Russian)
- Russo C. (ed.) (2013) *Handbook of Comparative Higher Educational Law*. N.Y.: Rowman and Littlefield, 394 p.
- Spasskaya V.V. (2005) *Obrazovatelnye otnosheniya: voprosy teorii* [Educational Legal Relations: Theoretical Issues]. Moscow: Locus-Press, 168 p. (in Russian)
- Syrikh V.M. (2002) *Vvedenie v teoriyu obrazovatel'nogo prava* [Introduction to Educational Law Theory]. Moscow: FSOZ, 400 p. (in Russian)
- Troshkina T.N. (2011) Ponyatie i struktura obrazovatel'nogo pravootnosheniya [Concept and Structure of Educational Legal Relations]. *Reformy i pravo*, no 3, pp. 56–61.
- Tsomasova F.V., Kachmazova L.G. (2014) Poluchenie obrazovaniya vne obrazovatel'nuch organizatsiy: pravovye perspektivy [Education outside Educational Organizations: Legal Prospects]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 2, pp. 27–36.
- Vidal Prado C. (2001) La libertad de cátedra: uno studio comparado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 309 p.

Проблемы коллизионного регулирования брачно-семейных отношений в международном частном праве России¹



И.В. Гетьман-Павлова

доцент кафедры международного публичного и частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: getmanpav@mail.ru



А.С. Касаткина

доцент кафедры международного публичного и частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: akasatkina@hse.ru



Аннотация

Российские коллизионные нормы, определяющие выбор права, применимого к брачно-семейным отношениям, связанным с иностранным правопорядком, вступили в силу в 1995 г. и действуют более 20 лет. Хотя в российской доктрине эта проблематика исследована чрезвычайно подробно, актуальность анализа коллизионных норм, закрепленных в Семейном кодексе РФ, отнюдь не исчерпана в связи с масштабным реформированием норм международного частного права в Гражданском кодексе РФ и тенденциями законодательного регулирования международных семейных отношений в других странах. Раздел VII СК РФ «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства» устанавливает подробную систему норм, определяющих компетентное право для регулирования основных вопросов семейных отношений. Большинство коллизионных привязок имеет двусторонний характер и предполагает возможность применения иностранного права. Однако за 20 лет регламентация международных семейных отношений подверглась серьезным новациям, что наглядно демонстрируют и национальные кодификации МЧП зарубежных стран, и европейское право. Современный законодатель значительно расширяет пределы автономии воли сторон брачно-семейных отношений по вопросам выбора применимого права, устанавливает коллизионные привязки для отношений сожительств и партнерства, закрепляет детализированные и дифференцированные правила выбора права. Российское коллизионное регулирование международных брачно-семейных отношений нуждается в серьезной модернизации. Обновление целесообразно проводить в следующих направлениях: максимальная детализация объемов коллизионных норм с целью более дифференцированного регулирования брачно-семейных отношений; установление более разветвленной и детализированной системы коллизионных привязок, нацеленных на максимально корректное определение права, наиболее тесно связанного с отношением, и принятие решения, в наибольшей мере отвечающее обстоятельствам дела; расширение возможности выбора применимого права самими сторонами по вопросам расторжения брака и имущественных отношений в семье. По всем вопросам, связанным с положением детей, главенствующим коллизионным началом должно быть применение права, наиболее благоприятного для ребенка.

¹ Статья подготовлена с использованием Справочно-поисковой системы КонсультантПлюс. Все ссылки на законодательство России, международные соглашения и акты судебной практики приводятся по СПС КонсультантПлюс.



Ключевые слова

международное частное право, Семейный кодекс РФ, брачно-семейные отношения, коллизионное регулирование, коллизионные привязки, автономия воли сторон, наиболее благоприятное право, наиболее тесная связь.

Библиографическое описание: Гетьман-Павлова И.В., Касаткина А.С. Проблемы коллизионного регулирования брачно-семейных отношений в международном частном праве России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 92–110.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.92.110

Российские коллизионные нормы, определяющие выбор права, применимого к брачно-семейным отношениям, связанным с иностранным правом, действуют уже более 20 лет². В отечественной доктрине эта проблематика исследована чрезвычайно подробно³. Тем не менее актуальность такого анализа отнюдь не исчерпана, в особенности, в связи с масштабным реформированием норм международного частного права (далее — МЧП) в Гражданском кодексе РФ (далее — ГК РФ)⁴ и тенденциями, которые присутствуют в законодательном регулировании международных семейных отношений в других странах.

Основным регулятором международных семейных отношений является Семейный кодекс РФ (далее — СК РФ). Раздел VII СК РФ «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства» (ст. 156–167) устанавливает подробную систему норм, определяющих компетентное право для регулирования основных вопросов семейных отношений. Большинство коллизионных привязок имеет двусторонний характер и предполагает возможность применения иностранного права. Действующее регулирование, принятое в 1995 г., очень мало изменилось⁵. Это не удивительно, поскольку коллизионные нормы имеют абстрактный характер, вследствие чего они более стабильны и менее подвержены конъюнктурным изменениям, нежели материальные нормы. Однако за 20 лет регламентация международных семейных отношений подверглась серьезным новациям, что наглядно демонстрируют и национальные кодификации МЧП зарубежных стран⁶, и европейское право⁷. Современный законодатель значительно расширяет пределы автономии воли

² Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 30.12.2015)

³ См., напр.: Федосеева Г.Ю. Брачно-семейные отношения как объект международного частного права Российской Федерации: дис... д-ра юрид. наук. М., 2007; Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М., 2007; Веселкова Е.Е. Коллизионные проблемы заключения и расторжения брака // Законодательство и экономика. 2014. № 8 и др.

⁴ Федеральный закон от 30.09.2013 № 260-ФЗ.

⁵ Изменения, не затронувшие коллизионного регулирования как такового, вносились: в ст. 160 — Федеральным законом от 15.11.1997 № 140-ФЗ, в ст. 165 — федеральными законами от 27.06.1998 № 94-ФЗ и от 20.04.2015 № 101-ФЗ.

⁶ См., напр.: Закон о МЧП Македонии (2007), кн. 10 ГК Нидерландов (2011). Все ссылки на законодательство зарубежных стран и акты европейского права даны по: Научно-учебная группа «Современная конструкция международного частного права НИУ ВШЭ (законодательство зарубежных стран)» [Электронный ресурс]: // URL: <http://pravo.hse.ru/intprilaw/> (дата обращения: 15.01.2017)

⁷ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations; Council Regulation

сторон брачно-семейных отношений по вопросам выбора применимого права, устанавливает специальные коллизионные привязки для отношений сожительства и партнерства, закрепляет детализированные и дифференцированные правила выбора права. К настоящему времени многие коллизионные решения СК РФ успели устареть и не соответствуют современным тенденциям правового регулирования.

Кроме того, российское законодательство наглядно демонстрирует серьезные недостатки межотраслевого способа кодификации МЧП⁸ — в Разделе VII СК РФ не закреплены цели и задачи нормативного регулирования международных семейных отношений, не легализовано понятие «иностранный элемент», отсутствуют конструкции общих понятий МЧП. Правоприменитель постоянно вынужден обращаться к нормам ГК РФ⁹ по вопросам квалификации правовых понятий, интерлокальных и интерперсональных коллизий, обратной отсылки и др., а по всем процессуальным вопросам — к нормам ГПК РФ. Если бы российский законодатель пошел по пути принятия комплексного автономного закона по МЧП¹⁰, таких проблем удалось бы избежать. Комплексная автономная кодификация устраняет «разбросанность» норм, регулирующих отношения сферы МЧП, по разным нормативным актам, упрощает и оптимизирует судопроизводство.

Статья 156 СК РФ устанавливает правила выбора применимого права по вопросам заключения «смешанных»¹¹ браков на территории России. Односторонние определенные коллизионные привязки установлены для формы и порядка заключения брака (п. 1), а также обстоятельств, препятствующие его заключению (п. 2), — эти вопросы подчиняются российскому законодательству¹². Кумулятивная коллизионная норма применяется к условиям заключения брака на территории РФ, которые определяются личным законом (правом страны гражданства) каждого из брачующихся на момент заключения брака (п. 2). Личным законом апатрида является право государства, в котором лицо имеет постоянное место жительства (п. 4). Личным законом бипатрида, имеющего гражданство РФ, считается российское право. При наличии у лица гражданства нескольких иностранных государств применяется по выбору данного лица законодательство одного из этих государств (п. 3). Эта альтернативно-диспозитивная коллизионная норма уникальна для российского регулирования — здесь допускается *выбор личного закона* по желанию заинтересованного лица, т.е. закреплена возможность ограниченной автономии воли при определении личного статуса.

В целом регулирование ст. 156 СК РФ выглядит вполне современным, за одним исключением — в законодательстве кроме привязки к праву постоянного места жительства (*lex domicilii*) необходимо закрепить и привязку к праву обычного места пребывания (*lex habitacionis*). Обычное место пребывания во многих случаях установить проще,

(EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation; Proposal for a Council Regulation (EU) on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (Brussels, 2.3.2016 COM (2016) 106 final).

⁸ Межотраслевая кодификация МЧП — включение отдельных разделов, содержащих нормы, предназначенные для регулирования отношений сферы МЧП, в различные отраслевые кодексы.

⁹ Ст. 1186–1199 ГК РФ.

¹⁰ Как это имеет место в Швейцарии, Венгрии, Италии и многих других странах.

¹¹ «Смешанные» или «иностранные» браки, т.е. браки, каким-либо образом связанные с правопорядком двух и более государств.

¹² Обстоятельства, препятствующие заключению брака, указаны в ст. 14 СК РФ, которая закрепляет материальную норму непосредственного применения.

нежели постоянное место жительства; юридическая связь лица с *lex habitationis* в зависимости от фактических обстоятельств может быть более тесной, чем с *lex domicilii*. Кроме того, понятие «место жительства» в разных государствах под влиянием *common law* понимается по-разному. Понятие «обычное место пребывания» одинаково определяется в странах как общего, так и романо-германского права¹³, а потому его применение «повсеместно приветствуется»¹⁴. Нет необходимости вводить в текст Кодекса определения понятий «обычное пребывание» и «место жительства», но в судебной практике данные понятия должны быть четко разграничены — «постоянное место жительства» (*permanent residence*) предполагает применение *lex domicilii*, а «обычное место пребывания» (*habitual residence*) — применение *lex habitationis*. В европейской литературе указывается — общим для этих понятий является то, что речь идет о фактическом центре жизненных интересов, а это имеет субъективный характер, т.е. зависит от намерения лица. Признак обычного места пребывания — это фактическая связь с определенным местом, которая, как правило, не зависит от длительности пребывания¹⁵.

Браки, заключенные за пределами РФ, признаются действительными в России, если (ст. 158):

- браки между российскими гражданами, браки между российскими и иностранными гражданами или апатридами соответствуют требованиям законодательства государства, на территории которого они заключены. Эта двусторонняя коллизионная норма дополнена кумулятивной привязкой — обстоятельства, препятствующие заключению брака, императивно подчиняются российскому праву;
- браки между иностранными гражданами соответствуют требованиям законодательства места их заключения.

Недействительность иностранных браков, заключенных как на территории России, так и за ее пределами, определяется законодательством, которое в соответствии со ст. 156 и 158 СК РФ применялось при заключении брака (ст. 159). Соответственно, основания недействительности брака могут определяться как по российскому праву, так и по иностранному. Выбор применимого права «зависит только от одного фактора: законодательство какого государства применялось к заключению данного брака. Поэтому разные основания признания брака недействительным могут определяться законодательством разных государств»¹⁶.

Правоположения ст. 158 и 159 СК РФ являются вполне адекватными и каком-либо серьезном пересмотре не нуждаются. Однако целесообразно дополнить действующее регулирование принципиальной новеллой — «для целей признания действительности

¹³ См. по этому вопросу: *Audit B. Droit international privé*. Paris, 2006; *Clarkson C., Hill J. The Conflict of Laws*. Oxford, 2006.

¹⁴ *Dariescu C. New Romanian Choice-of-law Rules on Marriage Effects // Analele Stiintifice ale universitatii "Al.I.Cuza". 2012. Tomul LVIII. Nr. II [Электронный ресурс]: // URL: https://www.researchgate.net/publication/228229553_New_Romanian_Choice-of-Law_Rules_on_Marriage_Effects (дата обращения: 15.11.2016). Закрепление привязки *lex habitationis* см., напр., в ст. 3 и 49 Закона о МЧП Польши (2011).*

¹⁵ *Ulrich E. Das polnische IPR-Gesetz von 2011 — Mitgliedstaatliche Rekodifikation in Zeiten supranationaler Kompetenzwahrnehmung // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. Band 76 (2012). Heft 3 (Juli). S. 599–600. P. 608. См. также: Pilich M. Concise Introduction to Polish Private International Law. P. 3 [Электронный ресурс]: // URL: http://pil.mateuszpilich.edh.pl/Introduction_PIL.pdf (дата обращения: 15.11.2016)*

¹⁶ Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации, Федеральному закону «Об опеке и попечительстве» и Федеральному закону «Об актах гражданского состояния» / под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2012 // СПС КонсультантПлюс.

браков, заключенных за границей, понятие «законодательство» включает в себя нормы международного частного права»¹⁷. Во многих национальных кодификациях МЧП при общем запрете обратной отсылки прямо закрепляется возможность ее применения по вопросам правового статуса (в том числе семейного) физических лиц¹⁸.

Специальных норм об обратной отсылке СК РФ не содержит, и по этому вопросу следует руководствоваться предписаниями общей нормы ст. 1190 ГК РФ (что опять-таки является очередной «издержкой» межотраслевого способа кодификации МЧП). По общему правилу, российская коллизионная норма предполагает применение только норм материального иностранного права, за исключением норм о правовом статусе лиц — здесь возможно применение иностранных коллизионных норм. В российской доктрине высказывается справедливое мнение, что изъятия из общего запрета обратной отсылки (п. 2 ст. 1190) «касаются именно той сферы, которая является наиболее существенной в семейном праве, — правового статуса личности... Исходя из существа семейных отношений... следует признать возможным принятие обратной отсылки иностранного права к семейному праву России, но только к тому, которое определяет правовое положение физического лица»¹⁹. Проф. Марышева также приводит пример, когда признание обратной отсылки позволит применить российское, а не иностранное семейное законодательство: при усыновлении в России гражданином Эстонии, проживающим в Москве, ребенка, имеющего российское гражданство, суд в силу п. 1 ст. 165 СК РФ должен применить закон государства гражданства усыновителя, т.е. право Эстонии. Согласно ч. 1 ст. 63 Закона о МЧП Эстонии (2002) к усыновлению применяется право государства места жительства усыновителя. Поскольку усыновитель живет в России, то с позиции эстонского Закона к усыновлению следует применить российское право. Приняв обратную отсылку эстонской коллизионной нормы, российский суд решит дело на основании российского семейного права. Отказ принять отсылку на том основании, что коллизионная норма СК РФ имеет в виду применение эстонского материального, а не коллизионного права, приведет к применению эстонского семейного права²⁰.

Расторжение брака на территории РФ подчиняется российскому праву (ст. 160). Эта императивная односторонняя коллизионная норма применяется в любом случае, и не важно при этом, каким именно из своих элементов данный брак связан с иностранным правопорядком (п. 1). Российский гражданин (даже постоянно проживающий за пределами РФ) всегда вправе расторгнуть брак в российском суде, в том числе и с проживающим за пределами РФ супругом независимо от его гражданства (п. 2).

Представляется, что в ст. 160 СК РФ установлен слишком одномерный и жесткий подход к определению права, применимого к расторжению брака. Этот подход был закреплен в российском коллизионном регулировании в 1995 г. и к настоящему времени стал правовым анахронизмом. Императивное подчинение расторжения брака российскому праву не соответствует современным тенденциям регулирования таких отношений; подобный подход представляет собой устаревшую модель, от которой уже отказался цивилизованный законодатель. Основная цель современного правового ре-

¹⁷ Как это сделал, например, голландский законодатель: п. 3 ст. 31 книги 10 ГК Нидерландов. При этом в ст. 5 книги 10 ГК Нидерландов установлен общий запрет обратной отсылки.

¹⁸ Напр., п. 3 ст. 1.10 и п. 3 ст. 1.14 ГК Литвы (2000, в ред. 2011), ст. 9 Закона о МЧП Украины (2005), ст. 6 Кодекса МЧП Панама (2014).

¹⁹ *Марышева Н.И.* Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М., 2007 // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ См.: Там же.

гулирования — наиболее эффективная защита прав человека и основных свобод. Эта цель в наибольшей степени может быть достигнута путем расширения права выбора применимого законодательства сторонами отношения. По вопросам расторжения брака следует предусмотреть хотя бы ограниченную автономию воли сторон, как это сделал, например, европейский законодатель²¹.

Личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства, а при его отсутствии — законодательством государства, на территории которого они имели последнее совместное место жительства. Личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов, не имевших совместного места жительства, на территории РФ подчиняются российскому праву (п. 1 ст. 161). Такая модель коллизионного регулирования также нуждается в модернизации.

Во-первых, регулирование личных и имущественных отношений супругов следовало бы разделить, прописав их в отдельных коллизионных нормах. Несмотря на то, что национальный законодатель главным образом предусматривает одинаковые привязки для таких отношений, правила выбора применимого права должны быть более дифференцированными и детализированными. Это упрощает работу правоприменителя и повышает определенность и предсказуемость судебных решений. Данный подход уже давно воспринят национальным законодателем²² и доминирует в современных кодификациях МЧП²³.

Во-вторых, распространенными и корректными коллизионными привязками в семейных отношениях были и остаются законы общего гражданства супругов и места заключения брака. От этих правил выбора применимого права не следует отказываться, даже несмотря на рост числа разнонациональных браков и тесную связь супругов с правом их последнего места жительства. Можно сконструировать типичную для современного мира ситуацию: супруги — турецкие граждане, последнее совместное место жительства имели на территории Германии, потом один из них переехал в Россию. Не очень понятно, почему, с точки зрения российского законодателя, личные супружеские отношения должны в данном случае подчиняться немецкому, а не турецкому праву. В таких случаях суд должен анализировать все иностранные элементы правоотношения и выявлять их наиболее тесную привязку для данной ситуации. Этой цели в наибольшей степени соответствует сложная соподчиненная альтернативно-диспозитивная коллизионная норма, предусматривающая возможность широкого выбора права и ограниченной автономии воли сторон (по выбору сторон — право общего места жительства (пребывания) / последнего общего места жительства (пребывания) / гражданства любого из супругов / места заключения брака)²⁴.

В-третьих, императивное подчинение личных и имущественных отношений супругов, не имевших совместного места жительства, российскому праву в принципе представляется нелогичным. Понятно, что в данном случае российский законодатель имел в виду российских граждан, обращающихся в российский суд с иском к супругу, проживающему за границей. Презюмируется, что нормы российского материального семейно-

²¹ См.: Art. 5 Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation.

²² См., напр.: § 18 и 19 Закона о МЧП Австрии (1978).

²³ См., напр.: ст. 80 и 82 Закона о МЧП Черногории (2013)

²⁴ Аналогичный законодательный подход см., напр.: ст. 42 и 43 Закона о МЧП Доминиканской Республики (2014).

го права известны российским гражданам, и что иностранное материальное семейное право в меньшей степени благоприятно для них, чем право РФ. На практике такая законодательная презумпция не является оправданной и не соответствует положению вещей. В подобных случаях также надлежит определить право, наиболее тесно связанное с конкретным отношением. Российское право целесообразно было бы предусмотреть как субсидиарную коллизионную привязку второй степени (по выбору сторон — право общего гражданства / места заключения брака / российское право).

В п. 2 ст. 161 СК РФ установлено, что при заключении брачного договора или соглашения об уплате взаимных алиментов супруги, не имеющие общего гражданства или совместного места жительства, могут избрать законодательство, применимое для определения их прав и обязанностей по брачному договору или соглашению об уплате алиментов. В российской доктрине отмечается, что «установив общую норму о праве, подлежащем применению к отношениям супругов, ст. 161 СК РФ закрепила возможность отступления от нее путем выбора права самими супругами (п. 2 ст. 161 СК РФ). Вопреки общему правилу о применении к отношениям супругов закона государства их гражданства или места жительства (п. 1 ст. 161 СК РФ) супруги получили возможность подчинить свои имущественные отношения иному праву, выразив свой выбор в брачном договоре»²⁵. Однако из п. 2 ст. 161 однозначно вытекает, что брачный договор²⁶, заключенный на территории РФ при наличии у супругов общего гражданства или общего супружеского домицилия императивно подчиняется только российскому праву, т.е. по сути, стороны никакой автономией воли не обладают. Данная норма нуждается в иностранном толковании.

Из содержания нормы вытекает, что выбор права для брачного договора может иметь место только если супруги не имеют общего гражданства или места жительства. Соответственно, если супруги — граждане одного государства, то выбрать применимое право они не могут (даже если они не являются гражданами России и после заключения брака намереваются уехать в другую страну). По-видимому, законодатель адресует эту норму только российским гражданам и презюмирует, что граждане иностранных государств на территории РФ будут заключать браки в консульских учреждениях их стран, а не в органах регистрации брака РФ. Непонятно, на чем основана такая презумпция, поскольку в соответствии с российским законодательством иностранные граждане на территории РФ вправе заключать браки в общем порядке, т.е. в органах ЗАГС²⁷. Достаточно часто иностранные граждане (особенно из стран, ранее входивших в состав СССР, — Украины, Армении, Таджикистана) вступают в брак в России, а потом уезжают в страну своего гражданства. При этом заключенный на территории РФ их брачный договор подчиняется только российскому праву.

Если один супруг (или оба) является бипатридом, но одно из гражданств — российское (как у другого супруга), то выбор права также невозможен, поскольку личным законом такого лица является российское право²⁸. Сам собой напрашивается пример,

²⁵ *Марышева Н.И., Муратова О.В.* Брачный договор в международном частном праве: правовое регулирование в России и ЕС // Журнал российского права. 2014. № 6 // СПС КонсультантПлюс.

²⁶ Для целей настоящей статьи брачный договор и соглашение об уплате взаимных алиментов обозначаются одним термином — «брачный договор».

²⁷ См.: Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации, Федеральному закону «Об опеке и попечительстве» и Федеральному закону «Об актах гражданского состояния» // СПС КонсультантПлюс.

²⁸ П. 2 ст. 1195 ГК РФ, п. 3 ст. 156 СК РФ.

достаточно часто встречающийся на практике: российская гражданка заключает брак с бипатридом (российским и израильским гражданином), и жить супруги собираются в Израиле. В этом случае супруги также не могут свободно избрать применимое к их брачному договору право, поскольку априорно применяется российское право. В законодательстве других стран есть схожее решение, но применение местного права к брачному контракту между гражданином данной страны и бипатридом, имеющим, в том числе и местное гражданство, возможно только, если стороны не выбрали применимого права²⁹.

С другой стороны, если у супругов разное гражданство, но есть совместное место жительства на территории РФ, они также не могут выбрать применимое к их брачному договору право (даже если намерены в ближайшем будущем изменить супружеский домицилий). Подобные ситуации также встречаются постоянно: граждане разных государств (например, Молдовы и Беларуси), постоянно проживающие в России, вступают в брак и через какое-то время уезжают на постоянное место жительства за границу. Тем не менее их брачный договор автоматически подчиняется только российскому праву.

Одновременно российский законодатель оставляет неограниченную волю сторонам брачного договора, не имеющим общего гражданства или общего домицилия. Если такие лица заключают брачный договор на территории РФ, они могут избрать для него право любой страны, никаким образом с их взаимоотношениями не связанной. Нужно признать, что неограниченная воля сторон является оптимальной привязкой для выбора права, применимого к брачному договору³⁰. Применение к брачному договору автономии воли — одного из основных принципов современного МЧП — вытекает из фундаментального начала гражданского права — принципа свободы договора³¹. Брачный договор имеет все черты гражданско-правового договора (хотя и обладает спецификой с точки зрения своего субъектного состава: его стороны состоят в семейных отношениях³²) и распространение на него основополагающего для гражданско-правовых договоров принципа автономии воли представляется вполне обоснованным.

Однако подавляющее большинство современных национальных кодификаций МЧП закрепляет ограниченную волю сторон, поскольку в регулировании семейных отношений присутствует сильная публично-правовая составляющая. При этом супруги имеют широкий выбор: право государства, гражданином которого является один из супругов; право государства, в котором один из супругов имеет обычное место жительства; право государства, в котором они намерены иметь общее обычное место жительства³³. Похожее решение предлагает и европейский законодатель³⁴. Данные модели могут быть использованы для модернизации российского законодательства.

Институт брачного договора впервые был закреплен в российском праве в 1995 г. принятием СК РФ. До этого времени данный институт не был известен законодательству РФ. В качестве модели для российских коллизионных норм использовался подход,

²⁹ См.: ст. 43 книги 10 ГК Нидерландов.

³⁰ Такой подход закреплен, напр.: § 19 Закона о МЧП Австрии, ст. 37 Кодекса МЧП Панамы.

³¹ См.: *Марышева Н.И., Муратова О.В.* Указ. соч. // СПС КонсультантПлюс.

³² См.: *Мыскин А.В.* Брачный договор в системе российского частного права. М., 2012 // СПС КонсультантПлюс.

³³ Напр., ст. 2.590 ГК Румынии (2009), ст. 82 Закона о МЧП Черногории.

³⁴ Art. 22 Proposal for a Council Regulation (EU) on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (Brussels, COM (2016) 106 final).

установленный законодателем Чехословакии в 1963 г.³⁵ Одновременно в первой половине 1990-х годов в других европейских странах уже были разработаны значительно более гибкие и развитые правила выбора права, применимого к брачным соглашениям³⁶. Очевидно, в связи с новизной и отсутствием практики из отношений по брачному договору, в 1995 г. российский законодатель воспринял далеко не лучшее коллизионное решение. Однако за прошедшие с момента вступления в силу СК РФ 20 лет накопилась богатая правоприменительная практика³⁷, которая наглядно показывает необходимость изменения действующего коллизионного регулирования. В настоящее время норма п. 1 ст. 161 нуждается в принципиальной новации.

В п. 2 ст. 161 СК РФ закреплено, что если супруги (имеющие разное гражданство или разный супружеский домицилий) не избрали подлежащее применимое право, то к брачному договору применяются положения п. 1 ст. 161 (т.е. право совместного места жительства / последнего совместного места жительства / российское право). Российский законодатель закрепил исключительно территориальный подход, отказавшись в принципе учитывать личный закон супругов. Практика показывает, что такое решение приводит к нарушению прав сторон брачного договора. В российской литературе приводится следующий пример: гражданин РФ А. Вахман и гражданка Венесуэлы А. Зурбано заключили брак в России в 1993 г. Брачный договор не заключался. В 2001 г. супруги переехали в Венесуэлу, где проживают до настоящего времени. В 2004 г. они обратились к российскому консулу в Венесуэле с просьбой удостоверить их брачный договор, предусматривающий режим раздельной собственности на все имущество супругов. В силу п. 1 ст. 161 СК РФ к имущественным правам и обязанностям супругов применяется законодательство Венесуэлы — государства, на территории которого супруги имеют совместное место жительства. В Венесуэле запрещено изменение законного режима имущества супругов после регистрации брака (ст. 144 ГК). Поэтому в данном случае заключение между супругами брачного договора и его удостоверение российским консулом в Венесуэле является невозможным³⁸.

В российской судебной практике немало примеров, наглядно демонстрирующих трудности применения ст. 161 СК РФ. Показательным примером может служить длительный и запутанный судебный процесс, который закончился в кассационной инстанции вынесением Определения Верховного суда РФ от 21.01.2014 № 78-КГ13-35.

Деревянко Э. (далее — истица) обратилась в суд с иском к Устиновой Л. (далее — ответчица) о признании права на 1/4 доли в праве общей долевой собственности на земельный участок на территории РФ. В обоснование заявленных требований истица указала, что после смерти ее отца (гражданина Финляндии) (далее — наследодатель)

³⁵ § 21 Закона о МЧП Чехословакии (1963): «(1) Личные и имущественные права супругов регулируются правом государства, гражданами которого они являются. Если супруги являются гражданами разных государств, их отношения регулируются чехословацким правом. (2) Договоренность супругов относительно урегулирования их имущественных прав рассматривается с учетом правопорядка, который применялся к имущественным отношениям супругов во время достижения этой договоренности». В настоящий момент в Чехии право, применимое к брачному договору, определяется в соответствии с ограниченной волей сторон (§ 49 Закона о МЧП Чехии (2012)).

³⁶ Ст. 52 Закона о МЧП Швейцарии (1987); ст. 21 Закона Румынии «Применительно к регулированию отношений международного частного права» (1992).

³⁷ См.: Международное частное право, уголовное право и процесс в нотариальной деятельности / под. ред. И.Г. Медведева. М.: Центр исследований при федеральной нотариальной палате, 2016 // СПС КонсультантПлюс.

³⁸ См.: Там же.

открылось наследство, находящееся в том числе на территории РФ. Спорный земельный участок был приобретен в 2004 г. ответчицей в период ее брака (1991–2010) с наследодателем на основании договора купли-продажи. Право собственности на данный объект недвижимости зарегистрировано за ответчицей. Наследниками первой очереди по закону после смерти наследодателя являются истица (гражданка Финляндии) и супруга умершего — ответчица (гражданка Финляндии и России). Вступившими в законную силу решениями Красносельского районного суда Санкт-Петербурга от 2.11.2010 и Куйбышевского районного суда Санкт-Петербурга от 8.12.2010 установлено, что истица фактически приняла наследство, оставшееся после смерти наследодателя.

Между ответчицей и наследодателем 9.08.1991 в Финляндии был заключен брачный договор, по условиям которого стороны не имели брачного права на имущество другого партнера, приобретенное позднее. Договор составлен в соответствии с законодательством Финляндии в письменной форме, подписан сторонами и двумя свидетелями. Решениями российских судов было установлено, что заключенный в 1991 г. на территории Финляндии брачный контракт между ответчицей и наследодателем, установивший режим раздельной собственности супругов, не соответствует требованиям п. 2 ст. 41 СК РФ, поскольку не удостоверен нотариусом либо консулом РФ в Финляндии. Следовательно, имущество, принадлежащее ответчице и наследодателю и находящееся на территории РФ, является совместной собственностью супругов. В связи с этим ответчице как пережившей супруге и наследнице по закону по нормам российского наследственного законодательства должно принадлежать 3/4 доли земельного участка.

За собой как за наследницей первой очереди по закону истица просила признать право собственности на 1/4 доли земельного участка. Решением Выборгского районного суда Санкт-Петербурга от 27.09.2011 иск был удовлетворен. Определением судебной коллегии по гражданским делам Санкт-Петербургского городского суда от 19.01.2012 решение суда отменено, поскольку ответчица не была должным образом извещена о времени и месте судебного заседания, соответственно, решение вынесено с нарушением норм российского процессуального права. Дело было направлено на новое рассмотрение в суд первой инстанции³⁹.

При новом рассмотрении дела решением Выборгского районного суда Санкт-Петербурга от 12.04.2012 в удовлетворении иска отказано. Суд первой инстанции пришел к выводу, что поскольку ответчица и наследодатель имели совместное место жительства на территории Финляндии, то в силу положений ст. 161 СК РФ к их имущественным правам и обязанностям как супругов применяются нормы семейного законодательства Финляндии. Согласно §34 гл.2 ч.2 Закона Финляндии о браке 13.6.1929/234 собственность, которую один из супругов приобрел во время брака, является его/ее собственностью. В соответствии со ст. 103 Закона Финляндии о браке 13.6.1929/234 при разделе имущества супругов, который осуществляется после смерти одного из супругов, переживший супруг не обязан передавать свое имущество наследникам умершего супруга.

Исходя из этих нормативных положений и учитывая, что в соответствии с заключенным между ответчицей и наследодателем брачным контрактом никто из них не имеет брачного права на имущество другого партнера, суд пришел к выводу: спорный земельный участок является личной собственностью ответчицы и не подлежит включению в наследственную массу. Суд признал несостоятельными доводы истицы, что судебными постановлениями судов Санкт-Петербурга установлено, что брачный контракт между ответчицей и наследодателем не соответствует требованиям законодательства РФ.

³⁹ Кассационное определение Санкт-Петербургского городского суда от 19.01.2012 № 33-457/2012.

Истица подала апелляционную жалобу. Определением судебной коллегии по гражданским делам Санкт-Петербургского городского суда от 30.07.2012 решение Выборгского районного суда Санкт-Петербурга от 12.04.2012 отменено⁴⁰. По делу принято новое решение, которым за истицей признано право собственности на 1/4 доли в праве общей долевой собственности на спорный земельный участок, как на долю наследника по закону. Судебная коллегия не согласилась с выводами суда первой инстанции, посчитав их основанными на неправильном толковании и применении норм материального и процессуального права. Апелляционная инстанция, исходя из положений п. 2 ст. 161 СК РФ, пришла к выводу, что при заключении брачного контракта ответчица и наследодатель не избрали законодательство, подлежащее применению.

В решении Судебной коллегии отмечено также, что обстоятельства, связанные с возможностью применения указанного брачного договора к спорным отношениям между истицей и ответчицей, являлись предметом исследования и получили правовую оценку в решениях Красносельского районного суда Санкт-Петербурга, Куйбышевского районного суда Санкт-Петербурга, Всеволожского городского суда Ленинградской области, вступивших в законную силу. В этих решениях указано, что в силу п. 1, 3 ст. 1209 ГК РФ и п. 2 ст. 41 СК РФ данный контракт между супругами — гражданами РФ не может распространяться на недвижимое имущество, расположенное на территории РФ, поскольку он не был удостоверен нотариусом или консульством РФ в Финляндии.

Апелляционная инстанция постановила, что для определения права, подлежащего применению при разрешении наследственного спора, надлежит руководствоваться положениями ч. 1 ст. 1205 ГК РФ, а также ч. 3 ст. 1209 ГК РФ. Спорный земельный участок расположен на территории РФ, в связи с чем осуществление и защита прав на него определяются российским законодательством. При этом судом апелляционной инстанции вывод о совместном проживании наследодателя и ответчицы на территории Финляндии не опровергался.

Согласно ст. 34 СК РФ имущество, нажитое супругами во время брака, является их совместной собственностью. Поскольку спорный земельный участок был приобретен в период брака между ответчицей и наследодателем, то на данный объект недвижимости распространяется режим совместной собственности супругов. Участок подлежит включению в наследственную массу после умершего наследодателя. Доля умершего в праве собственности на спорный земельный участок входит в состав наследственного имущества и подлежит разделу между наследниками первой очереди (истицей и ответчицей) в равных долях.

Истица подала кассационную жалобу с просьбой об отмене апелляционного Определения судебной коллегии по гражданским делам Санкт-Петербургского городского суда от 30.07.2012 и оставлении в силе решения Выборгского районного суда Санкт-Петербурга от 12.04.2012. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации нашла, что постановление суда апелляционной инстанции принято с нарушением норм материального права и согласиться с ним нельзя.

Кассационная инстанция отметила, что в силу п. 1 ст. 161 СК РФ личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства. Согласно ст. 1224 ГК РФ отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства. Судом первой инстанции установлено, что наследодатель и ответчица имели совместное место жительства на террито-

⁴⁰ Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 30.07.2012 № 33-8434.

рии Финляндии. Таким образом, суд первой инстанции пришел к правильному выводу, что к их имущественным правам и обязанностям как супругов подлежат применению нормы семейного законодательства Финляндии. Исходя из содержания норм финского права и положений брачного контракта, суд первой инстанции правомерно признал спорный земельный участок личной собственностью ответчицы, который не подлежит включению в наследственную массу после умершего наследодателя. У суда апелляционной инстанции отсутствовали законные основания для отмены решения суда первой инстанции и принятия по делу нового решения.

Судебная коллегия Верховного Суда также отметила: «Вывод апелляционной инстанции о том, что брачный контракт, заключенный... на территории Финляндии и получивший оценку во вступивших в законную силу судебных постановлениях Санкт-Петербурга, не распространяется на недвижимое имущество, расположенное на территории РФ, основан на неправильном толковании норм материального права и не мог повлечь отмену решения суда, поскольку режим раздельной собственности супругов в Финляндии определен законом»⁴¹. Суждения суда апелляционной инстанции, что при определении применимого права необходимо руководствоваться российским законодательством (положениями п. 1 ст. 1205, п. 3 ст. 1209 ГК РФ), несостоятельны, поскольку в данном случае спор вытекает из семейных правоотношений.

Судебная коллегия Верховного Суда подчеркнула, что допущенные судом апелляционной инстанции нарушения норм материального права являются существенными. Они повлияли на исход дела и без их устранения невозможны восстановление и защита нарушенных прав и законных интересов ответчицы. В связи с этим Определение судебной коллегии по гражданским делам Санкт-Петербургского городского суда от 30.07.2012 подлежит отмене, а решение Выборгского районного суда Санкт-Петербурга от 12.04.2012 — оставлению в силе.

Приведенный в качестве примера судебный спор длился более трех лет, рассматривался различными судами в трех инстанциях, по делу было вынесено пять судебных актов. Можно себе представить, какие психологические, эмоциональные и финансовые затраты понесли стороны, как много времени потратил государственный суд для решения в общем простого и очевидного дела. Возможно, этого бы не произошло, если бы коллизионные привязки ст.161 СК РФ были бы более дифференцированными и проработанными. На момент принятия СК РФ уже действовала Гагская конвенция о праве, применимом к режимам собственности супругов (1978), содержащая детальное регулирование данного института. Коллизионные модели Конвенции востребованы многими современными национальными кодификациями МЧП; в законодательстве Нидерландов⁴² закреплены прямые отсылки к этому документу. Несмотря на то, что Россия в Конвенции не участвует, предложенные в ней подходы к выбору применимого права вполне могут быть рецепированы в российское законодательство.

Статьи 162–164 СК РФ устанавливают коллизионное регулирование взаимоотношений между родителями и детьми⁴³. Подлежащее применению право определяется следующим образом:

1. Право страны, гражданином которой ребенок является по рождению — установление и оспаривание отцовства (материнства) (ст. 162); права и обязанности родителей

⁴¹ Определение Верховного суда РФ от 21 января 2014 г. № 78-КГ13-35.

⁴² Ст. 42 и 43 книги 10 ГК Нидерландов.

⁴³ Ст. 162. Установление и оспаривание отцовства (материнства), ст. 163. Права и обязанности родителей и детей, ст. 164. Алиментные обязательства совершеннолетних детей и других членов семьи.

и детей, в том числе обязанность родителей по содержанию детей при отсутствии их совместного места жительства (ст. 163).

2. Право страны, гражданином которого является лицо, претендующее на получение алиментов, при отсутствии совместного места жительства (ст. 164).

3. Право совместного места жительства — права и обязанности родителей и детей, в том числе обязанность родителей по содержанию детей (ст. 163); алиментные обязательства совершеннолетних детей в пользу родителей и алиментные обязательства других членов семьи (ст. 164).

4. Право страны, на территории которой постоянно проживает ребенок — по требованию истца к алиментным обязательствам и к другим отношениям между родителями и детьми (ст. 163).

5. Российское право — порядок установления и оспаривания отцовства (материнства) на территории РФ (ст. 162).

Закрепленные коллизионные привязки учитывают и территориальный, и экстерриториальный элементы во взаимоотношениях между родителями и детьми. Цель такого законодательного решения — максимальная защита интересов ребенка, т.е. соблюдения принципа защиты слабой стороны отношения. Однако в настоящее время установленное регулирование представляется слишком лаконичным, а перечень коллизионных привязок — слишком узким⁴⁴. Для наиболее эффективной защиты интересов детей в каждом отдельном случае правоприменитель обязан определить право, наиболее тесно связанное с отношением, исходя из интересов ребенка. Главенствующим коллизионным принципом для отношений с участием детей должен быть *lex benignitatis*; во всяком случае такое право всегда нужно выявить, и решение не может противоречить его императивным нормам.

Что касается алиментных отношений, то в литературе даже употребляется термин «международное алиментное право»⁴⁵, поскольку этот вопрос подробно урегулирован на международном уровне. Унифицированные коллизионные нормы закреплены в Гагской конвенции о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей (1956), Гагской конвенции о праве, применимом к алиментным обязательствам (1973), Гагской конвенции о международном взыскании пособия на ребенка и других формах поддержки семьи и Протоколе к ней (2007). Эти соглашения содержат детализированные правила выбора права, применимого к алиментным отношениям. Хотя Россия не участвует ни в одной из этих конвенций, следовало бы привести нормы ст. 164 СК РФ в соответствие с международным регулированием, принятым в большинстве европейских стран.

Коллизионные вопросы международного усыновления (удочерения) регулирует ст. 165 СК РФ. Усыновление и его отмена на территории РФ иностранными гражданами ребенка, имеющего российского гражданство, производится по праву страны, гражданином которой является усыновитель. Если усыновитель является апатридом, то применяется право страны, в которой это лицо имеет постоянное место жительства на момент подачи заявления об усыновлении или его отмене. Усыновление иностранными гражданами или апатридами, состоящими в браке с российскими гражданами, детей — граждан РФ, производится в соответствии с российским правом (если иное не предусмотрено международным договором РФ). При усыновлении на территории РФ

⁴⁴ Сравн., напр.: ст. 92–99 книги 10 ГК Нидерландов.

⁴⁵ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001. С. 84.

российскими гражданами ребенка–иностранного гражданина, необходимо получить согласие законного представителя ребенка (самого ребенка) и компетентного органа государства, гражданином которого является ребенок (п. 1).

Если в результате усыновления могут быть нарушены права ребенка, установленные российским правом и международными договорами РФ, усыновление не может быть произведено независимо от гражданства усыновителя, а произведенное усыновление подлежит отмене в судебном порядке (п. 2). Защита прав и законных интересов детей — граждан РФ, усыновленных иностранными гражданами или апатридами за пределами РФ, осуществляется консульскими учреждениями РФ (п. 3).

Усыновление ребенка — российского гражданина, проживающего за пределами РФ, может быть произведено компетентным органом государства, гражданином которого является усыновитель. Такое усыновление признается действительным в РФ при условии получения предварительного разрешения на усыновление от российского органа исполнительной власти, на территории которого ребенок или его родители проживали до выезда за пределы России (п. 4).

Коллизионные привязки, установленные российским законодателем по вопросам усыновления, являются в настоящее время общепринятыми в большинстве стран⁴⁶. Однако предписания ст.165 СК РФ не сформулированы четким и определенным образом; в частности, такие привязки, как личный закон ребенка и закон компетентного учреждения, нужно «выводить» из содержания нормы, поскольку прямо они не названы. Кроме того, в современных условиях критерии определения применимого в этой сфере права должны быть более подробными, объемы соответствующих коллизионных норм — более дифференцированными, а главным коллизионным началом должен выступать *lex benignitatis* — право, наиболее благоприятное для ребенка. В качестве образца при совершенствовании российского законодательства можно было бы взять модель коллизионного регулирования вопросов международного усыновления, закрепленную в законодательстве Бельгии⁴⁷.

Из всего российского регулирования сферы международных семейных отношений положения ст. 165 СК РФ в наибольшей степени подверглись изменениям — с момента вступления СК РФ в силу (1995) и по настоящее время в нее внесено шесть изменений⁴⁸. При этом данные изменения никак не затронули коллизионных подходов. Все изменения были нацелены на максимальный учет российских материально-правовых норм прямого действия, защищающих интересы ребенка в семейных отношениях. В п. 1 ст. 165 закреплены прямые отсылки к ст. 124–133 СК РФ, в которых содержатся сверхимперативные нормы российского права. Эти положения должны соблюдаться всегда, независимо от того, право какой страны является компетентным в силу коллизионных привязок ст. 165 СК РФ.

Международное усыновление — одна из наиболее актуальных, сложных и болезненных проблем в МЧП. Подробное освещение этой темы не входит в задачи данного исследования, поэтому мы ограничимся самой краткой информацией по данному вопросу. Количество усыновлений российских детей иностранцами постоянно снижается. В 2015 г. с вынесением решения областными и равными им судами рассмотрено 670 дел о международном усыновлении (из них с удовлетворением требования — 663 дела), что

⁴⁶ См., напр.: ст. 69 Закона о МЧП Украины.

⁴⁷ Ст. 66–72 Кодекса о МЧП Бельгии (2004).

⁴⁸ Федеральными законами от 27.06.1998 № 94-ФЗ и от 20.04.2015 № 101-ФЗ.

на 29,3% меньше, чем в 2014 г. (947 дел) и на 46,3% меньше, чем в 2013 г. (1247 дел). По сравнению с 2012 г. (2426 дел) в 2015 г. количество дел о международном усыновлении, рассмотренных с вынесением решения, уменьшилось на 72,4%, а по сравнению с 2011 г. (3076 дел) — на 78,2%. В 2013–2015 гг. чаще всего российских детей усыновляли граждане Италии (57% дел), Испании (17,5%) и Франции (5,9%)⁴⁹.

Россия участвует в двух двусторонних международных договорах о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей: с Итальянской Республикой (Москва, 6.11.2008) и с Французской Республикой (Москва, 18.11.2011). Основу этих соглашений составляют нормы Гаагской конвенции 1993 г. о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления (удочерения), которую Россия подписала, но не ратифицировала.

Оба договора единообразны по содержанию, форме и структуре. В них закреплены принципы соблюдения наилучших интересов ребенка и subsidiarity, согласно которому государства должны принимать меры для воспитания ребенка в родной семье, а международное усыновление возможно при отсутствии подходящей формы устройства в государстве происхождения. В качестве дополнительной гарантии защиты прав усыновленного ребенка на территории принимающего государства закреплено правило о сохранении у ребенка гражданства государства происхождения и получении второго гражданства принимающей страны. Вопрос о применимом праве к процедуре усыновления в обоих договорах решается одинаково: применяется право страны происхождения ребенка⁵⁰.

До конца 2012 г. между РФ и США действовало Соглашение о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей (Москва, 13.07.2011). Однако в соответствии с Федеральным законом от 28.12.2012 № 272-ФЗ «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации»⁵¹ с 1 января 2013 г. действие Соглашения было прекращено. В соответствии с п. 1 ст. 4 указанного Федерального закона запрещается усыновление детей гражданами США, а также запрещена деятельность некоммерческих организаций и их представительств по подбору и передаче детей, являющихся гражданами РФ, на усыновление гражданам США⁵².

Раздел VII СК РФ заканчивается ст. 166 «Установление содержания норм иностранного семейного права» и ст. 167 «Ограничение применения норм иностранного семейного права». Положения, закрепляющие основополагающие институты Общей части МЧП применительно к регулированию международных семейных отношений, должны открывать соответствующий раздел. Это было бы намного логичнее. Российский законодатель, наоборот, таким образом завершает коллизионное регулирование вопросов брачно-семейного права. Подобное решение является структурной ошибкой законодательной техники, которую можно было бы легко избежать.

⁴⁹ Обзор практики рассмотрения в 2015 году областными и равными им судами дел об усыновлении детей иностранными гражданами или лицами без гражданства, а также гражданами Российской Федерации, постоянно проживающими за пределами территории Российской Федерации (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27.04.2016) // СПС КонсультантПлюс.

⁵⁰ *Тринченко К.О.* Особенности международно-правового регулирования трансграничного усыновления в двухсторонних договорах России с иностранными государствами // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 2 // СПС КонсультантПлюс.

⁵¹ СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7597.

⁵² В 2015 г. со ссылкой на ст. 4 Федерального закона от 28.12.2012 № 272-ФЗ Верховный Суд Республики Татарстан и Ростовский областной суд отказали в принятии двух заявлений об усыновлении детей, поданных лицами, имеющими гражданство США. См.: Обзор практики рассмотрения в 2015 году...

В ст. 166 закреплено, что при применении норм иностранного семейного права российские компетентные органы устанавливают содержание этих норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Заинтересованные лица вправе содействовать правоприменителю в установлении содержания иностранного семейного права. Из текста ст. 166 прямо вытекает, что обязанность по установлению содержания норм иностранного права несет правоприменитель. Стороны вправе, но не обязаны участвовать в этом процессе. Практика, однако, показывает, что российские суды в основном применяют иностранное право именно в тех случаях, когда установлением содержания его норм занимаются стороны по собственной инициативе. Без содействия сторон в большинстве случаев спор разрешается на основе российского права.

Ограничение применения норм иностранного семейного права (оговорка о публичном порядке — ст. 167) имеет место в том случае, если такое применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку) РФ. В этом случае применяется российское законодательство. Текст ст. 167 СК РФ наглядно демонстрирует наиболее серьезный недостаток межотраслевого способа кодификации МЧП — различные формулировки одних и тех же институтов, причем важнейших для данной сферы. Основным источником МЧП РФ является раздел VI ч.3 ГК РФ «Международное частное право». Ст. 1193 ГК РФ закрепляет иное содержание оговорки о публичном порядке — норма иностранного права *в исключительных случаях* не применяется, когда последствия ее применения *явно* противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) РФ *с учетом характера отношений, осложненных иностранным элементом*. Буквальное толкование текста ст. 167 СК РФ приводит к выводу, что в семейных отношениях оговорка о публичном порядке может применяться отнюдь не *в исключительных случаях*, последствия применения нормы иностранного семейного права не должны *явно* противоречить публичному порядку, и *характер отношений, осложненных иностранным элементом*, также учитывать не обязательно.

Возможно, при применении норм иностранного семейного права следует более пристально оценивать их содержание и последствия применения, чем это имеет место по отношению к нормам гражданского права. Нормы семейного законодательства в большой степени имеют публично-правовую составляющую, и правоприменитель обязан это учитывать. Однако формулировка ст. 1193 ГК РФ представляется намного более удачной и адекватной современным тенденциям развития международных семейных отношений. Текст ст.167 СК РФ необходимо привести в соответствие с общей формулировкой оговорки о публичном порядке, закрепленной в гражданском законодательстве.

Выводы

Коллизионное регулирование международных брачно-семейных отношений в России, принятое более 20 лет назад, нуждается в серьезной модернизации. Соответствующее обновление целесообразно проводить в следующих направлениях:

1. Максимальная детализация объемов коллизионных норм с целью более дифференцированного регулирования брачно-семейных отношений.
2. Установление более разветвленной и детализированной системы коллизионных привязок, нацеленных на максимально корректное определение права, наиболее тесно связанного с отношением, и принятие решения, в наибольшей степени отвечающее обстоятельствам дела.

3. Расширение возможности выбора применимого права самими сторонами по вопросам расторжения брака и имущественных отношений в семье.

4. По всем вопросам, связанным с положением детей, главенствующим коллизионным началом должно быть применение права, наиболее благоприятного для ребенка.

На современном этапе развития общественных отношений необходимость правового регулирования охраны семьи, заботы о детях, заключения и прекращения брака не ставится под сомнение⁵³. Оптимально разработанная система коллизионных норм, обеспечивающих наиболее корректный выбор максимально компетентного материально-правового регулирования брачно-семейных отношений, имеет чрезвычайно важное значение для здорового функционирования общества.



Библиография

Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М.: Международные отношения, 2001. 480 с.

Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М.: Волтерс Клувер, 2007. 328 с.

Марышева Н.И., Муратова О.В. Брачный договор в международном частном праве: правовое регулирование в России и ЕС // Журнал российского права. 2014. № 6 // СПС КонсультантПлюс.

Международное частное право, уголовное право и процесс в нотариальной деятельности / под ред. И.Г. Медведева. М.: Центр нотариальных исследований при федеральной нотариальной палате, 2016. 275 с.

Мыскин А.В. Брачный договор в системе российского частного права. М.: Статут, 2012. 172 с.

Ростовцева Н.В. О применении в России Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей // Судья. 2014. № 8. С. 45–50.

Пато Э., Ростовцева Н.В. Похищение детей: европейские и российские перспективы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 3. С. 102–120.

Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации, Федеральному закону «Об опеке и попечительстве» и Федеральному закону «Об актах гражданского состояния» / под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2012 // СПС КонсультантПлюс.

Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / под ред. В.В. Залесского. М.: Юринформцентр, 2004. 310 с.

Тринченко К.О. Особенности международно-правового регулирования трансграничного усыновления в двухсторонних договорах России с иностранными государствами // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 2. С. 177–183.

Федосеева Г.Ю. Брачно-семейные отношения как объект международного частного права Российской Федерации: дис... д-ра юрид. наук. М., 2007. 393 с.

Clarkson C., Hill J. The Conflict of Laws. Oxford: University Press, 2006. 343 с.

Dariescu C. New Romanian Choice-of-law Rules on Marriage Effects // Analele Stiintifice ale universitatii "A.I.Cuza". 2012. T. LVIII. Nr. II. Available at: // https://www.researchgate.net/publication/228229553_New_Romanian_Choice-of-Law_Rules_on_Marriage_Effects (дата обращения: 15.11.2016)

Pilich M. Concise Introduction to Polish Private International Law. P. 3. Available at: // http://pil.mateuszpilich.edh.pl/Introduction_PIL.pdf (дата обращения: 15.11.2016)

Ulrich E. Das polnische IPR-Gesetz von 2011 — Mitgliedstaatliche Rekodifikation in Zeiten supranationaler Kompetenzwahrnehmung // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. Band 76 (2012). Heft 3 (Juli). S. 597–638.

⁵³ См.: Федосеева Г.Ю. Брачно-семейные отношения как объект международного частного права Российской Федерации: дис... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 4.

Conflict of Law Regulation of Marital and Family Relations in International Private Law in Russia



Irina V. Get'man-Pavlova

Associate Professor, International Public and Private Law Department, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: getmanpav@mail.ru



Alexandra S. Kasatkina

Associate Professor, International Public and Private Law Department, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: aleksandra.kasatkina@mail.ru



Abstract

Russian conflict of law rules determining choice of law applicable to marital relations related to foreign legislations came into force in 1995 and in force for 20 years. Within Russian legal doctrine the area has been researched in detail. Nevertheless, the analysis of conflict of law rules specified in the Family Code of Russian Federation remains relevant due to a large-scale reform of the norms of international private law in the Civil Code of the Russian Federation and the trends which are present in legislative regulation of international family relations in other countries. Chapter 7 of the Family Code *The Application of Family Legislation to Family Relations with the Participation of Foreign Citizens and Persons without Citizenship* provides a detailed system of rules determining competent law to regulate major family relations. Most connecting factors are of bilateral nature and provides for the application of foreign laws. However, for the past 20 years international family relations experienced new regulation, which is evident in national codifications of International private law and in the European Union law. The current legislator extends the limits of autonomy of the parties in marital relations on the choice of applicable law, sets special connecting factors as to cohabitation and partnership, fixes detailed and differentiated choice of law rule. The paper concludes that Russian conflict of laws on international marital relations approved more than two decades ago requires significant update. The update is relevant to maximum transparency of volumes of conflict of law rules to make a more differentiated approach to marital relations, more detailed and arranged in categories connecting factors targeting the most correct determining the law, closest to the relation and making a decision optimally meeting specific circumstances of cases, broadening the possibility of the choice of applicable law by the parties on the issues of dissolution of marriage and family property relations. All the problems concerning children applying law the most favourable for child should dominate in conflict of laws doctrine in such circumstances.



Keywords

international private law, Family Code of the Russian Federation, marital relations, conflict of laws, connecting factors, autonomy of the parties, most favoured law, closest liaison.

Citation: Getman-Pavlova I.V., Kasatkina A.S. (2017) Conflict of Law Regulation of Marital and Family Relations in International Private Law in Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 92–110 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.92.110



References

Clarkson C., Hill J. (2006) *The Conflict of Laws*. Oxford: University Press, 343 p.

Dariescu C. (2012) New Romanian Choice-of-law Rules on Marriage Effects. *Analele Stiintifice ale universitatii "A.I.Cuza"*. T. LVIII. Nr. II. Available at: https://www.researchgate.net/publication/228229553_New_Romanian_Choice-of-Law_Rules_on_Marriage_Effects (accessed: 15 November 2016)

Fedoseeva G.Yu. (2007) *Brachno-semeynye otnosheniya kak ob'ekt mezhdunarodnogo chastnogo prava Rossiyskoy Federatsii (Diss. Doctora Yurid. Nauk)* [Marital Relations as Object of International Private Law of the Russian Federation (Doctor of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 393 p.

Kokh Kh., Magnus U., Vinkler fon Morenfeld's P. (2001) *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo i sravnitel'noe pravovedenie* [International Private Law and Comparative Law]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 480 p. (in Russian)

Krashennikov P.V. (ed.) (2012) *Postateynny kommentariy k Semeynomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii, Federal'nomu zakonu «Ob opeke i popechitel'stve» i Federal'nomu zakonu «Ob aktakh grazhdanskogo sostoyaniya»* [Commentary to the Family Code, Federal Law on Guardianship and Custodianship and Federal Law on Acts of Civil Status]. Moscow: Statut. SPS Konsul'tantPlyus.

Marysheva N.I. (2007) *Semeynye otnosheniya s uchastiem inostrantsev: pravovoe regulirovanie v Rossii* [Family Relations Involving Aliens: Legal Regulation in Russia]. Moscow: Wolters Kluwer, 328 p. (in Russian)

Marysheva N.I., Muratova O.V. (2014) *Brachnyy dogovor v mezhdunarodnom chastnom prave: pravovoe regulirovanie v Rossii i ES* [Marriage Contract in International Private Law: Legal Regulation in Russia and EU]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 6. SPS Konsul'tantPlyus.

Medvedev I.G. (ed.) (2016) *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo, ugovnoe pravo i protsess v notarial'noy deyatel'nosti* [International Private Law, Criminal Law and Trial in Notarial Activity]. Moscow: Tsentr notarial'nykh issledovaniy, 275 p. (in Russian)

Myskin A.V. (2012) *Brachnyy dogovor v sisteme rossiyskogo chastnogo prava* [Marital Agreement in Russian Private Law]. Moscow: Statut, 172 p. (in Russian)

Pato E., Rostovtseva N.V. (2014) *Pokhishchenie detey: evropeyskie i rossiyskie perspektivy* [Child Abduction: European and Russian Perspectives]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 102–120.

Pilich M. *Concise Introduction to Polish Private International Law*. Available at: http://pil.mateuszpilich.edh.pl/Introduction_PIL.pdf (accessed: 15.11. 2016)

Rostovtseva N.V. (2014) *O primenenii v Rossii Gaagskoy konventsii o grazhdansko-pravovykh aspektakh mezhdunarodnogo pokhishcheniya detey* [Applying in Russia the Hague Convention on International Abduction of Children]. *Sud'ya*, no 8, pp. 45–50.

Trinchenko K.O. (2015) *Osobennosti mezhdunarodno-pravovogo regulirovaniya transgranichnogo usynovleniya v dvukhstoronnikh dogovorakh Rossii s inostrannymi gosudarstvami* [Specific Features of International Law Regulation of Trans Border Adoption]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no 2, pp. 177–183.

Ulrich E. (2012) *Das polnische IPR-Gesetz von 2011 — Mitgliedstaatliche Rekodifikation in Zeitensupranationaler Kompetenzwahrnehmung*. *Rebels Zeitschrift fur auslandisches und internationales Privatrecht*, band 76, heft 3, pp. 597–638.

Zaleskiy V.V. (ed.) (2004) *Semeynoe pravo Rossiyskoy Federatsii i inostrannykh gosudarstv: osnovnye instituty* [Family Law in Russia and Abroad: Main Institutes]. Moscow: Yurinformtcentr, 310 p. (in Russian)

Альтернативные способы разрешения международных споров из договоров с участием потребителя



Р.С. Резник

аспирант кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: rsreznik@edu.hse.ru



Аннотация

Развитие законодательства о международном частном праве и международном гражданском процессе в области защиты прав потребителей не решает полностью проблем, с которыми сталкивается слабая сторона при заключении потребительских договоров, осложненных иностранным элементом. Коллизионные нормы и нормы о подсудности обращены прежде всего к государственным судам, однако по экономическим причинам потребители в редких случаях обращаются за защитой своих прав в суд, если дело связано с правовыми порядками нескольких стран. Решение этой проблемы видится в развитии более гибких, быстрых и недорогих способов внесудебного разрешения споров. Автор анализирует Директиву ЕС об альтернативном разрешении споров и делает вывод, что она лишь устанавливает базовые стандарты для отрасли внесудебного разрешения потребительских споров, но не содержит процессуальных правил. Кроме того, приводится критический взгляд на Регламент ЕС о разрешении споров онлайн: созданная на его основе Интернет-платформа по разрешению потребительских споров имеет крайне ограниченный функционал и, по сути, осуществляет только посреднические функции, помогая потребителю найти на национальном уровне учреждение по альтернативному разрешению споров, но не осуществляя собственно арбитража потребительских споров. Большие надежды возлагаются на находящиеся в разработке Правила ЮНСИТРАЛ по разрешению споров онлайн: помимо принципов и стандартов этот документ содержит конкретные процессуальные нормы. Отмечается, что Правила ЮНСИТРАЛ станут важным дополнением к Регламенту о разрешении споров онлайн. Вместе с тем в силу универсального международного характера Правил ЮНСИТРАЛ, как актов «мягкого права», они смогут применяться не только в ЕС, но и в других странах, законодательство которых предусматривает возможность разрешения споров с участием потребителя в сети Интернет. В качестве примера успешного функционирования онлайн-платформы по разрешению споров небольшой стоимости анализируется опыт китайского электронного торгового портала. Исследование его внутренних Правил по разрешению потребительских споров онлайн подтвердило, что в сравнении с процедурой разрешения подобных споров с государственных судах, онлайн-арбитраж является более быстрой и эффективной альтернативой.



Ключевые слова

международное частное право, международный гражданский процесс, альтернативное разрешение споров, разрешение споров онлайн, договор с участием потребителя, слабая сторона, право ЕС, ЮНСИТРАЛ.

Библиографическое описание: Резник Р.С. Альтернативные правила разрешения международных споров из договоров с участием потребителя // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 111–121.

JEL: K 30; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.111.121

Российское законодательство, как и законодательство Европейского союза, содержит специальные коллизионные нормы, регулирующие вопросы выбора права, применимого к договорам с участием потребителя (ст. 1212 Гражданского кодекса Российской Федерации). Документы Европейского союза, кроме того, устанавливают специальные правила определения международной подсудности по спорам, вытекающим из указанных договоров. Вместе с тем и такое комплексное регулирование, которое имеет место в праве ЕС, не может полностью разрешить проблему защиты прав потребителей, участвующих в трансграничных отношениях. Как отмечается в доктрине, даже во внутренних отношениях право на судебную защиту далеко не всегда используется потребителями, поскольку цена иска, как правило, невелика, и судебные издержки, включая профессиональное представительство, экспертизы и пошлины, ее превышают¹. По этой причине все большую актуальность приобретают альтернативные способы разрешения трансграничных споров с участием потребителя. Под альтернативным разрешением спора (далее — АРС) в законодательстве ЕС понимается внесудебное разрешение споров посредством привлечения независимого третьего лица, которое предлагает или выносит решение, или подводит стороны к обоюдовыгодному решению спора. Согласно исследованиям ученого-правоведа К.Ходжеса, в национальном законодательстве такое третье лицо может называться по-разному: арбитром, медиатором, омбудсменом и т.п.² Разработка правового регулирования данного института активно ведется как на региональном (ЕС), так и на универсальном (ЮНСИТРАЛ) уровнях.

Альтернативное разрешение потребительских споров в ЕС

21.05.2013 Совет ЕС принял Директиву об альтернативном разрешении споров³ (далее — Директива). Данный документ имеет целью создание простой, быстрой и мало затратной процедуры разрешения споров между потребителями и предпринимателями. Внесудебные механизмы разрешения потребительских споров уже существуют во многих странах ЕС, но все они имеют различный статус и развиваются по-разному. Новая система призвана гармонизировать становление данного института. Директива применяется как к внутринациональным, так и к международным потребительским спорам практически во всех сферах деятельности, включая электронную коммерцию. Она устанавливает минимальные стандарты беспристрастности, прозрачности и эффективности учреждений АРС.

Все учреждения АРС должны соответствовать следующим принципам.

1) Квалифицированность, независимость и беспристрастность: третья сторона должна быть компетентной и не находиться в конфликте интересов, а коллегиальный орган учреждения должен быть в равной степени представлен потребителями и предпринимателями (ст. 6).

2) Прозрачность: учреждения АРС должны публиковать ежегодные отчеты и иметь сайт, на котором отображается информация для сторон (ст. 7).

¹ *Benöhr I.* Consumer Dispute Resolution after The Lisbon Treaty: Collective Actions and Alternative Procedures // *Journal of Consumer Policy.* 2013. № 36. P. 88.

² *Hodges C.* Current Discussions on Consumer Redress: Collective Redress and ADR // *ERA Forum.* 2012. № 13. P. 22.

³ Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21.5.2013 on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation no 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on Consumer ADR) // *OJ L 165.* 18.6.2013. P. 63–79.

3) Эффективность: решение должно быть вынесено в течение 90 дней с момента поступления жалобы в учреждение АРС. Кроме того, чтобы повысить доступность процедур АРС для потребителей, издержки должны быть умеренными либо процедура должна быть и вовсе бесплатной (ст. 8).

4) Честность: стороны должны знать о своих правах и последствиях участия в процедуре АРС. Решения должны быть обоснованы и в письменной форме, отражены на бумаге или иным надежным способом (по электронной почте) (ст. 9).

5) Свобода: если арбитражная оговорка запрещает потребителю обращаться в государственный суд, такая оговорка может быть заключена только после возникновения спора (ст. 10).

6) Законность: если процедура завершается обязательным решением, подлежащим исполнению, оно не может иметь в качестве результата меньший уровень защиты потребителя, чем гарантированный императивными нормами страны места постоянного жительства потребителя (ст. 11).

Государства ЕС взяли на себя обязательство гарантировать, что все споры между потребителями и предпринимателями, возникающие из купли-продажи товаров или оказания услуг, могут быть переданы в учреждения АРС, в том числе онлайн. Это касается не только жалоб, подаваемых потребителями против предпринимателей, но и жалоб, подаваемых предпринимателями против потребителей⁴. В то же время было выражено мнение, что поскольку целью регулирования является упрощение доступа потребителя к правосудию, то и соответствующее право на подачу жалобы должно быть оставлено только потребителю⁵.

В американской литературе есть точка зрения, что для профессиональной стороны плюсы АРС состоят прежде всего в конфиденциальности процедуры и возможности гибкого разрешения спора⁶.

Разработчики Директивы обратили внимание на две проблемы, которые призван решить данный документ. Во-первых, процедуры АРС до появления нового общеевропейского регулирования существовали далеко не во всех странах ЕС: в одних государствах такие институты издавна являются частью правовой культуры (например, страны Северной Европы), в других неизвестны совсем (Южная и Восточная Европа). По этой причине ст. 5(1) Директивы требует от стран ЕС учредить организации по АРС (хотя бы одну) для всех споров с участием потребителей, охватываемых Директивой⁷.

Во-вторых, даже там, где подобные институты существуют, осведомленность потребителей о них находится на весьма низком уровне. Поэтому Директива обязывает предпринимателей извещать потребителей, какое учреждение АРС компетентно рассматривать споры, возникающие из заключенного договора. Вполне вероятно, что данный опыт был заимствован из права Великобритании, где в телефонных счетах указывается компетентное учреждение по АРС⁸.

⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No. 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on Consumer ADR) // COM. 2011. 793 final.

⁵ BEUC Position Paper on Alternative Dispute Resolution (ADR) and Online Dispute Resolution (ODR) of Consumer Disputes. 14.02.2012 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201203/20120306ATT40022/20120306ATT40022EN.pdf> (дата обращения: 14.02.2017)

⁶ Atlas N.F., Huber S.K., Trachte-Huber E.W. Alternative Dispute Resolution. The Litigator's Handbook. Chicago, 2000. P. 21.

⁷ Engel M. Die stille Revolution der EU: Alternative zum Zivilprozess für Verbraucher. Richtlinie und Verordnung: Das europäische Verbraucherprozessrecht aus anwaltlicher Sicht. Anwaltsblatt, 2013. S. 480.

⁸ Berlin C., Creutzfeldt-Banda N. Verbraucher — ADR in Europa wird gestärkt // Zeitschrift für Konfliktmanagement. 2012. № 2. S. 58.

Имплементируя соответствующие положения Директивы, государства ЕС должны убедиться, что информация об АРС направляется потребителям в ясной форме и в подходящий момент (ст. 5). Национальные органы должны составлять списки учреждений АРС, соответствующих минимальным требованиям, установленным Директивой (ст. 20). Эти списки публикуются в Интернете, что по сути является официальным подтверждением соответствия перечисленных в них учреждений установленным стандартам. Однако прежде всего публикация таких списков преследует цель информирования потребителей о компетентных учреждениях АРС.

В науке международного частного права (далее — МЧП) к названным проблемам АРС добавляются еще несколько. Во-первых, существенным затруднением является отсутствие международной юрисдикции у существующих и вновь создаваемых учреждений АРС. Редким исключением является польский страховой омбудсмен, которому законом дано право выносить решения, в том числе против иностранных компаний⁹. Как правило, потребитель вынужден предъявлять претензию к иностранной профессиональной стороне в стране места нахождения последней, т.е. весь процесс будет вестись за границей. Во-вторых, вследствие вышесказанного приобретает актуальность языковая проблема. В большинстве случаев потребитель и предприниматель будут говорить на разных языках, а обращение за защитой прав в стране места нахождения профессиональной стороны означает необходимость вести официальное общение на языке данного государства. Очень немногие учреждения АРС дают потребителям возможность выбрать один из нескольких языков для подачи заявления. Финансовый омбудсмен Великобритании, который размещает на сайте информацию на 26 языках и имеет возможность вести производство на разных языках, является исключением¹⁰.

Разрешение споров онлайн: документы ЕС и ЮНСИТРАЛ

Решение этих проблем является целью принятого одновременно с Директивой Регламента о разрешении споров онлайн¹¹ (далее — Регламент), в соответствии с которым в ЕС создана Интернет-платформа по разрешению споров онлайн (далее — РСО). В доктрине отмечается, что юридическое и технологическое сообщество уже разработали множество решений для заключения сделок электронными способами, однако до сих пор не создан единый эффективный стандарт онлайн-регулирования споров, возникающих из таких сделок¹². Необходимость разработки такого стандарта, а также собственно платформы РСО, неоднократно обсуждалась в научной литературе¹³. Доктринальные наработки в конце концов были реализованы в виде Регламента.

⁹ *Rühl G.* Alternative and Online Dispute Resolution for Cross-Border Consumer Contracts: a Critical Evaluation of the European Legislature's Recent Efforts to Boost Competitiveness and Growth in the Internal Market // *Journal of Consumer Policy*. 2015. № 38. P. 431.

¹⁰ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.financial-ombudsman.org.uk/help/languages.html> (дата обращения: 12.12.2016)

¹¹ Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on Online Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on Consumer ODR) // OJ L 165. 18.6.2013. P. 1–12.

¹² *Turel O., Yuan Y.* Online Dispute Resolution Services: Justice, Concepts and Challenges / D. Kilgour, C. Eden (eds.). *Handbook of Group Decision and Negotiation. Advances in Group Decision and Negotiation*. Deventer, 2010. P. 426.

¹³ См.: *Stylianou P.* Online Dispute Resolution: The Case for a Treaty between the United States and the European Union in Resolving Cross-border Consumer Disputes // *Syracuse Journal of International Law*

В соответствии со ст. 5(2) Регламента потребители и предприниматели могут подать жалобу через платформу РСО на любом официальном языке ЕС. Платформа РСО должна контактировать со сторонами на выбранном ими языке (ст. 9(3)). В соответствии с п. 19 преамбулы и ст. 4(4)(е) Регламента платформа РСО также должна предлагать функцию (электронного) перевода информации, передаваемой через платформу. Эти меры призваны нивелировать языковую проблему, связанную с наличием в правоотношении иностранного элемента¹⁴. Кроме того, они устраняют проблему поиска учреждения АРС за рубежом и инициирования процедуры. Однако поскольку требований к языку производства общеевропейское законодательство не устанавливает, вопрос не решается полностью¹⁵: когда через платформу РСО будет найдено компетентное учреждение АРС в стране нахождения профессиональной стороны, последующее разбирательство будет проходить на официальном языке такой страны. Это связано с тем, что, по мысли разработчиков Регламента, платформа РСО в основном только предоставляет информацию и направляет стороны к компетентному учреждению АРС, но не разрешает спор онлайн, хотя в трансграничном аспекте именно такая функция была бы наиболее полезна.

Как и ЕС, ООН признала необходимость развивать использование РСО для повышения доверия потребителей к трансграничной торговле¹⁶. В 2010 г. ЮНСИТРАЛ инициировала создание Третьей рабочей группы для разработки проекта правил по разрешению споров «с низкой стоимостью и большими объемами», возникающих при осуществлении электронной коммерции в секторах В2В (бизнес для бизнеса) и В2С (бизнес для потребителей)¹⁷ (далее — Правила). Если документы ЕС устанавливают минимальные юридические стандарты для всех типов АРС и создают платформу РСО, то ЮНСИТРАЛ занимается разработкой специального свода процессуальных норм для использования в РСО.

Таким образом, Регламент и Правила будут дополнять друг друга. Эти правила будут применяться только по соглашению сторон и при условии, что они выполнимы в стране рассмотрения спора. Иными словами, стороны не смогут ссылаться на правила РСО, чтобы обойти императивные нормы страны места жительства потребителя¹⁸. В конечном результате Рабочая группа планирует получить «модельные условия разрешения договорных споров» наподобие ИНКОРТЕРМС Международной торговой палаты. Стороны смогут согласовать их применение при заключении сделок онлайн. Согласовать применение правил можно будет и после возникновения спора.

and Commerce. 2008. № 1. P. 117–143; *Petrauskas F., Kybartienė E.* Online Dispute Resolution in Consumer Disputes // *Jurisprudence*. 2011. № 3. P. 921–941; *Braun F.E.* Online Dispute Resolution: Answer to Consumer Complaints about E-commerce Transactions in both a National and a European Context // *Journal of Economics & Management*. 2012. № 9. P. 88–96; *Breaux P.W.* Online Dispute Resolution: A Modern Alternative Dispute Resolution Approach // *Computer & Internet Lawyer*. 2015. № 5. P. 1–4.

¹⁴ *Benöhr I.* Alternative Dispute Resolution for Consumers in the European Union / *Consumer ADR in Europe*. Ed. by Hodges C. Oxford, 2012. P. 20.

¹⁵ *Cortés P., Lodder A.* Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections on the Evolution of European Law for Out-of-court Redress // *Maastricht Journal of European & Comparative Law*. 2014. № 21. P. 34.

¹⁶ UNCITRAL Working Group III (Online Dispute Resolution) [Электронный ресурс]: // URL: www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3/Online_Dispute_Resolution.html (дата обращения: 14.02.2017)

¹⁷ Official Records of the General Assembly. 65th Session. Supplement No. 17 (A/65/17), para. 257. New York, 2010.

¹⁸ UNCITRAL Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the Work of its 25th Session. 21–25 May 2012 // A/CN.9/774. 7 June 2012, para 16.

Проект Правил описывает стандартную процедуру РСО следующим образом. Чтобы инициировать процедуру РСО, заявитель должен направить администратору РСО уведомление с изложением своих требований к контрагенту и со предложениями по урегулированию (п. 33). Ответчик должен направить ответ на требования в «разумный срок» (п. 35). Желательно, чтобы и уведомление о требовании, и ответ сопровождалось приложением документов и других свидетельств, на которые ссылается каждая сторона (п. 36). Первым этапом могут быть переговоры между сторонами с использованием платформы РСО (п. 37). Если переговоры не дают результата в течение «разумного срока» или стороны сами просят об этом, осуществляется переход к следующему этапу (п. 39) — к содействию урегулированию, в рамках которого назначается нейтральное лицо. Указанное лицо вступает в сношение со сторонами в попытке достичь урегулирования (п. 40). Если урегулирование посредством содействия также не приводит к положительным результатам, осуществляется переход к заключительной стадии (п. 44).

Применительно к процессу назначения и функциям нейтральных лиц предусматривается следующее:

- 1) принятие нейтральным лицом назначения служит подтверждением того, что у него есть время, которое необходимо уделить этому процессу;
- 2) нейтральное лицо обязано заявить о своей беспристрастности и независимости и в любое время раскрывать любые факты или обстоятельства, которые могут привести к возникновению вероятных сомнений в его беспристрастности или независимости;
- 3) система РСО оставляет сторонам способ опротестовать назначение нейтрального лица;
- 4) при возражении против назначения нейтрального лица администратор РСО обязан вынести определение относительно необходимости замены нейтрального лица;
- 5) в любое время для одного спора по соображениям экономии затрат назначается только одно нейтральное лицо;
- 6) любая сторона имеет право возразить против передачи нейтральному лицу информации, полученной во время переговоров;
- 7) если нейтральное лицо слагает полномочия или должно быть заменено в ходе процедуры РСО, администратор РСО обязан назначить нейтральное лицо для его замены на условиях, какие были установлены при назначении первоначального нейтрального лица (п. 47).

Анализ данных положений позволяет выявить как сходства, так и различия процедуры РСО и общепринятых правил осуществления международного коммерческого арбитража (далее — МКА) (в частности, на основании Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ). Так, к сходствам можно отнести требования беспристрастности и независимости лиц, рассматривающих спор, а также возможность отвода таких лиц. В то же время в отличие от МКА, где по общему правилу назначается три арбитра, разрешение спора в рамках процедуры РСО осуществляет одним лицом, поскольку потенциально рассматриваемые в рамках данной процедуры дела не являются чрезвычайно сложными, в связи с чем нет необходимости нести издержки по оплате труда нескольких лиц.

В отношении полномочий нейтрального лица, по рекомендациям Рабочей группы, желательно, чтобы:

- 1) с учетом любых применимых правил РСО нейтральное лицо имело полномочие осуществлять процедуру РСО так, как считает необходимым;
- 2) нейтральное лицо было обязано избегать излишних задержек или расходов при проведении разбирательства;

3) нейтральное лицо было обязано обеспечивать справедливый и эффективный процесс урегулирования споров;

4) нейтральное лицо было обязано сохранять независимость, беспристрастность и равное отношение к обеим сторонам в течение всего разбирательства;

5) нейтральное лицо было обязано проводить разбирательство на основе сообщений, которые получены им в ходе разбирательства;

6) нейтральное лицо имело полномочие разрешать сторонам предоставить дополнительную информацию в отношении разбирательства;

7) нейтральное лицо имело полномочие продлевать сроки, установленные в любых применимых правилах РСО, на разумный период времени (п. 48).

В соответствии с п. 50 Проекта Правил указание в соглашении о РСО или в правилах учреждения, осуществляющего РСО, языка, на котором должно осуществляться разбирательство по сути не является строгим условием, поскольку желательно, чтобы любая сторона разбирательства могла указать в уведомлении или ответе, что желает выбрать другой язык. Там же отмечается, что технологические средства РСО позволяют обеспечить большую гибкость в отношении языка, чем традиционные способы разрешения споров.

Таким образом, в отличие от Регламента об РСО, который устанавливает организационные основы действия платформы РСО на пространстве ЕС, проект Правил ЮНСИТРАЛ содержит более развернутые процессуальные нормы, регулирующие общие процедурные вопросы РСО. Как отмечают исследователи, будущие унифицированные правила по РСО будут дополнять Регламент и не будут ограничены регионом ЕС. Они смогут быть восприняты во множестве правовых систем, в которых актуальны проблемы разрешения потребительских споров, возникающих из электронной коммерции¹⁹. Так, например, в правовой доктрине Новой Зеландии разработаны рекомендации о развитии системы РСО в этой стране по примеру ЕС и с использованием наработок ЮНСИТРАЛ²⁰.

Лучшие практики по разрешению споров онлайн

Документ ЮНСИТРАЛ все еще находится в разработке, а потребность в эффективном РСО актуальна уже сейчас. Поэтому наиболее крупные веб-порталы в сфере электронной коммерции уже организовали и применяют собственные системы РСО. Наиболее ярким примером, пожалуй, является портал aliexpress.com (далее — портал), утвердивший Правила разрешения споров из сделок, заключенных онлайн (далее — Правила Ali)²¹. Правила Ali распространяются на сделки, заключенные китайскими продавцами и иностранными потребителями через портал. Важно, что портал является посредником между продавцами и покупателями, а не самим продавцом, поэтому в целом может считаться нейтральной стороной, которой можно доверить разрешение спора.

¹⁹ Cortés P, Lodder A. Op. cit. P. 28.

²⁰ См.: O'Sullivan T. Developing an Online Dispute Resolution Scheme for New Zealand Consumers Who Shop Online—Are Automated Negotiation Tools the Key to Improving Access to Justice? // International Journal of Law and Information Technology. 2016. № 24. P. 22–43.

²¹ Alibaba.com Online Transactions Dispute Rules [Электронный ресурс]: // URL: <http://rule.alibaba.com/rule/detail/2058.htm> (дата обращения: 12.12.2016)

Любая сторона заключенного договора может инициировать через портал процедуру разрешения спора. С момента подачи жалобы сторонам предоставляется 30 календарных дней для разрешения спора путем переговоров. При отсутствии согласия в указанный срок портал рассматривает спор и, в соответствии с Правилами Ali, может вынести решение, обязательное для обеих сторон. Санкции выглядят серьезными, в особенности с точки зрения продавца: портал вправе прекратить предложение товаров продавца, заблокировать учетные записи как продавца, так и покупателя. Учитывая, насколько прибыльно распространение товаров через портал, можно полагать, что угроза подобных последствий стимулирует предпринимателей к соблюдению прав потребителя даже больше, чем возможные меры со стороны государственных судов.

Портал делит товары на подлежащие мгновенной проверке их состояния (*prima facie*) и не подлежащие такой проверке. В последнем случае потребителю дается три дня с момента получения товара, в течение которых он должен изучить вещь и сделать отметку на сайте о том, принимает ли он поставку или отклоняет ее (п. 2.1). В случае бездействия по истечении указанного срока потребитель считается принявшим товар. По общему правилу сторона, подающая жалобу, должна предъявить доказательства своих утверждений, однако портал вправе по своему усмотрению запрашивать у любой из сторон необходимые документы (п. 5.1). Вообще портал обладает весьма высокой степенью усмотрения при разрешении споров онлайн. Так, если стороны не способны предъявить необходимых доказательств (п. 3.5, 3.6) или некоторые условия договора составлены недостаточно ясно (п. 5.2), портал вправе разрешить спор по своему усмотрению. Поскольку доказательства предъявляются онлайн, портал не имеет возможности проверять их действительность и аутентичность, в связи с чем на стороны возлагается обязанность гарантировать истинность, полноту и точность доказательств (п. 5.4).

Правила Ali содержат также несколько примитивные, но от того не менее действенные обеспечительные меры. Дело в том, что при использовании портала расчеты осуществляются сторонами не напрямую друг с другом, а через портал, который резервирует средства продавца до момента подтверждения покупателем получения товара и отсутствия претензий. Если возникает спор, по результатам его рассмотрения портал перечисляет средства той или иной стороне. Так, если спор разрешен в пользу продавца, тот получает уплаченные покупателем средства на свой счет. Если спор решен в пользу покупателя, он получает деньги обратно. Однако если покупатель уклоняется от возврата спорного товара в течение 10 дней с момента вынесения решения, денежные средства передаются продавцу (п. 7.2).

Отдельный раздел Правил Ali посвящен процессуальным срокам. Так, портал обязан уведомить стороны о возникновении спора в течение 2 рабочих дней со дня получения уведомления о возбуждении спора (п. 8.1). На предъявление подтверждающих документов сторонам дано 7 календарных дней, после чего портал вправе вынести решение на основе имеющихся сведений (п. 8.2). Если отсутствуют какие-либо особые обстоятельства, решение в любом случае должно быть вынесено не позднее 45 дней со дня получения уведомления о возбуждении спора.

На данном примере отчетливо видно, насколько может быть привлекательна процедура РСО: в скорости рассмотрения споров с ней не могут сравниться ни государственные суды, ни традиционные способы АРС (не онлайн). Обеспечительные меры и санкции к нарушителям правил портала выглядят значительно более эффективными, поскольку их применение не требует длительных бюрократических процедур.

Таким образом, наиболее детальные правила внесудебного разрешения споров с участием потребителя содержатся в локальных актах специальных учреждений, зани-

мающихся поддержкой потребителей, или коммерческих организаций, осуществляющих посреднические функции между предпринимателями и потребителями в сфере электронной коммерции. Вместе с тем, невозможно отрицать необходимость существования более общих норм, устанавливающих фундаментальные принципы и стандарты АРС. При этом разрешение споров онлайн является разновидностью АРС и также должно соответствовать общим положениям. Опыт ЕС и Китая показывает, что страны и регионы, желающие развивать электронную коммерцию, сегодня уже не могут обойтись без института РСО, который требует создания специальных интернет-платформ и составления процессуальных правил для них. В России или на пространстве ЕАЭС создание таких правил возможно на основе проекта Правил ЮНСИТРАЛ по разрешению споров онлайн.



Библиография

- Atlas N.F., Huber S.K., Trachte-Huber E.W. *Alternative Dispute Resolution. Litigator's Handbook*. Chicago, 2000. 753 p.
- Benöhr I. Consumer Dispute Resolution after The Lisbon Treaty: Collective Actions and Alternative Procedures // *Journal of Consumer Policy*. 2013. № 36. P. 87–110.
- Berlin C., Creutzfeldt-Banda N. Verbraucher — ADR in Europa wird gestärkt // *Zeitschrift für Konfliktmanagement*. 2012. № 2. S. 57–60.
- Braun F. Online Dispute Resolution — Answer to Consumer Complaints about E-commerce Transactions in both National and European Context // *Journal of Economics & Management*. 2012. № 9. P. 88–96.
- Breaux P.W. Online Dispute Resolution: A Modern Alternative Dispute Resolution Approach // *The Computer & Internet Lawyer*. 2015. № 5. P. 1–4.
- Cortés P., Lodder A. Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections on the Evolution of European Law for Out-of-court Redress // *Maastricht Journal of European & Comparative Law*. 2014. № 21. P. 14–38.
- Engel M. Die stille Revolution der EU: Alternative zum Zivilprozess für Verbraucher. Richtlinie und Verordnung: Das europäische Verbraucherprozessrecht aus anwaltlicher Sicht // *Anwaltsblatt*. 2013. S. 478–482.
- Hodges C. Current Discussions on Consumer Redress: Collective Redress and ADR // *ERA Forum*. 2012. № 13. P. 11–33.
- Hodges C., Creutzfeldt-Banda N., Benöhr I. (eds.). *Consumer ADR in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2012. 472 p.
- O'Sullivan T. Developing an Online Dispute Resolution Scheme for New Zealand Consumers Who Shop Online—Are Automated Negotiation Tools the Key to Improving Access to Justice? // *International Journal of Law and Information Technology*. 2016. № 24. P. 22–43.
- Petrauskas F., Kybartienė E. Online dispute resolution in consumer disputes // *Jurisprudence*. 2011. № 3. P. 921–941.
- Rühl G. Alternative and Online Dispute Resolution for Cross-Border Consumer Contracts: a Critical Evaluation of the European Legislature's Recent Efforts to Boost Competitiveness and Growth in the Internal Market // *Journal of Consumer Policy*. 2015. № 38. P. 431–456.
- Stylianou P. Online Dispute Resolution: The Case for a Treaty between the United States and the European Union in Resolving Cross-Border Consumer Disputes // *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. 2008. № 1. P. 117–143.
- Svantesson D., Clarke R. Best Practice Model for E-Consumer Protection // *Computer Law & Security Report*. 2010. № 1. P. 31–37.
- Turel O., Yuan Y. Online Dispute Resolution Services: Justice, Concepts and Challenges / D.M. Kilgour, C. Eden (eds.). *Handbook of Group Decision and Negotiation, Advances in Group Decision and Negotiation*. Deventer: Springer, 2010. P. 425–436.

Alternative Cross-Border Consumer Dispute Resolution



Roman Reznik

Postgraduate Student, Department of International Public and Private Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: rsreznik@edu.hse.ru



Abstract

The development of private international law and international civil proceedings law in the area of consumer protection does not solve completely the problems faced by the weaker party when making cross-border consumer contracts. Conflict rules and jurisdiction rules are addressed primarily to the national court, but for economic reasons, consumers rarely seek protection of their rights in court if the case is related to the legal orders of several countries. The solution of this problem lies in the development of more flexible, rapid and inexpensive way to resolve disputes out of court. The examination of the EU Directive on Alternative Dispute Resolution leads to conclusion that it only sets basic standards for the out-of-court consumer dispute resolution industry, but contains no specific procedural rules. In addition, the article provides a critical view of the EU Regulation on the online dispute resolution: Web-platform for the consumer disputes resolution, created on its basis, has very limited functionality and essentially performs only mediation, facilitating the consumer to find the national alternative dispute resolution agency but not exercising proper arbitration of consumer disputes. Great hopes are vested in the UNCITRAL Rules on Online Dispute Resolution, under development: in addition to the principles and standards this document contains specific procedural rules. It is noted that the UNCITRAL Rules will be an important addition to the Regulation on online dispute resolution. However, in view of the universal international character of the UNCITRAL Rules, as a soft law act, they can be used not only in the European Union, but also in all other countries, where the law provides for the possibility of online dispute resolution. As an example of the successful online platform for the settlement of low-value disputes the author analyzes the experience of the Chinese e-commerce portal. A study of its Online Transactions Dispute Rules confirmed that in comparison with the procedure for resolving such disputes at the state courts, online arbitration is a faster and more effective alternative.



Keywords

private international law; international jurisdiction; alternative dispute resolution; online dispute resolution; consumer; weaker party; EU law; UNCITRAL.

Citation: Reznik R. (2017) Alternative Cross-Border Consumer Disputes Solution. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 111–121 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.111.121



References

Atlas N.F., Huber S.K., Trachte-Huber E.W. (2000) *Alternative Dispute Resolution. The Litigator's Handbook*. Chicago: ABA Publishing, 753 p.

Benöhr I. (2013) Consumer Dispute Resolution after The Lisbon Treaty: Collective Actions and Alternative Procedures. *Journal of Consumer Policy*, no 36, pp. 87–110.

Berlin C., Creutzfeldt-Banda N. (2012) Verbraucher — ADR in Europa wird gestärkt. *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, no 2, pp. 57–60.

Braun F. (2012) Online Dispute Resolution. Answer to Consumer Complaints about E-Commerce Transactions in both a National and a European Context. *Journal of Economics & Management*, no 9, pp. 88–96.

Breaux P. (2015) Online Dispute Resolution: A Modern Alternative Dispute Resolution Approach. *The Computer & Internet Lawyer*, no 5, pp. 1–4.

Cortés P., Lodder A. (2014) Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections on the Evolution of European Law for Out-of-court Redress. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, no 21, pp. 14–38.

Engel M. (2013) Die stille Revolution der EU: Alternative zum Zivilprozess für Verbraucher. Richtlinie und Verordnung: Das europäische Verbraucherprozessrecht aus anwaltlicher Sicht. *Anwaltsblatt*. S. 478–482.

- Hodges C. (2012) Current Discussions on Consumer Redress: Collective Redress and ADR. *ERA Forum*, no 13, pp. 11–33.
- Hodges C., Creutzfeldt-Banda N., Benöhr I. (eds.). (2012) *Consumer ADR in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 472 p.
- O'Sullivan T. (2016) Developing an Online Dispute Resolution Scheme for New Zealand Consumers Who Shop Online—Are Automated Negotiation Tools the Key to Improving Access to Justice? *International Journal of Law and Information Technology*, no 24, pp. 22–43.
- Petrauskas F., Kybartienė E. (2011) Online Dispute Resolution in Consumer Disputes. *Jurisprudence*, no 3, pp. 921–941.
- Rühl G. (2015) Alternative and Online Dispute Resolution for Cross-Border Consumer Contracts: a Critical Evaluation of the European Legislature's Recent Efforts to Boost Competitiveness and Growth in the Internal Market. *Journal of Consumer Policy*, no 38, pp. 431–456.
- Stylianou P. (2008) Online Dispute Resolution: The Case for a Treaty between the United States and the European Union in Resolving Cross-Border Consumer Disputes. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, no 1, pp. 117–143.
- Svantesson D., Clarke R. (2010) A Best Practice Model for E-Consumer Protection. *Computer Law & Security Report*, no 1, pp. 31–37.
- Turel O., Yuan Y. (2010) Online Dispute Resolution Services: Justice, Concepts and Challenges / D.M. Kilgour, C. Eden (eds.) *Handbook of Group Decision and Negotiation, Advances in Group Decision and Negotiation*. Deventer: Springer Netherlands. Vol. 4, pp. 425–436.

Международные инструменты гармонизации законодательства о ликвидационном неттинге



А.П. Клементьев

аспирант кафедры международного публичного и частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: aklementiev@hse.ru



Аннотация

Предметом настоящей статьи является процесс гармонизации правового регулирования ликвидационного неттинга и важнейшие международные стандарты в рассматриваемой области. Ликвидационный неттинг — широко используемый на международных рынках способ прекращения обязательств по ряду финансовых сделок. Императивные нормы законодательства о банкротстве многих стран затрудняют осуществление ликвидационного неттинга, что приводит к необходимости принятия национальных законов, направленных на признание и юридическую защиту ликвидационного неттинга. При поддержке международных органов в области регулирования финансовых рынков были приняты международные стандарты в области гармонизации законодательства о ликвидационном неттинге. Основной задачей таких документов является формулирование модельных норм и принципов для использования законодателями и регуляторами в своей деятельности. Первым из таких актов стал Модельный закон о неттинге, разработанный и опубликованный Международной ассоциацией по свопам и деривативам в 1996 г. Впоследствии она опубликовала обновленные модельные акты о неттинге в 2002 и 2006 гг. На протяжении восьми лет модельные законы Ассоциации оставались единственными стандартами в рассматриваемой области и были использованы при принятии законов о неттинге в нескольких важнейших юрисдикциях. В дальнейшем в процессе гармонизации приняли участие авторитетные международные организации в области унификации частного права. Для упорядочения отношений по ликвидационному неттингу были приняты Руководство по вопросам несостоятельности ЮНСИТРАЛ (2004) и Принципы осуществления ликвидационного неттинга УНИДРУА (2013). Все рассматриваемые стандарты объединяет сфера применения (финансовые контракты) и направленность на ограничение некоторых институтов конкурсного права, таких как запрет зачета накануне и в процессе банкротства, право на оспаривание и отказ от исполнения сделок, а также установление моратория на прекращение обязательств. При этом наиболее предпочтительным для использования законодателями и регуляторами являются Принципы УНИДРУА, поскольку данный документ учитывает интересы всех сторон отношений по неттингу, а также последние тенденции в области правового регулирования финансовых рынков и восстановления платежеспособности финансовых институтов.



Ключевые слова

ликвидационный неттинг, гармонизация права, унификация права, модельный закон, рекомендации законодателю, финансовые контракты, несостоятельность (банкротство).

Библиографическое описание: Клементьев А.П. Международные инструменты гармонизации законодательства о ликвидационном неттинге // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 122–131.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.122.131

Современный этап развития частного права характеризуется сближением правовых систем отдельных государств посредством гармонизации и унификации правового регулирования. Одним из примеров гармонизации законодательства можно считать принятие в различных юрисдикциях близких по содержанию законов о ликвидационном неттинге. Ликвидационный неттинг представляет собой договорный механизм прекращения обязательств, применяемый при наступлении событий неисполнения в отношении одной или нескольких сторон финансовых сделок, заключаемых на организованных торгах или на внебиржевом рынке. В качестве событий неисполнения могут выступать обстоятельства, связанные с действиями сторон, или события общеэкономического характера¹.

Процедура ликвидационного неттинга состоит из трех стадий, среди которых выделяются прекращение сделок или акселерация требований по ним, оценка взаимных обязательств сторон и их взаимозачет. Таким образом, посредством ликвидационного неттинга происходит замена всей совокупности обязательств определенного вида между участниками неттинга единым нетто-обязательством, которое является разницей между стоимостью требований сторон. Важнейшим экономическим эффектом такой замены является снижение финансовых рисков — согласно регуляторной статистике такое снижение составляет 80%².

Результаты гармонизации отношений в области неттинга впечатляют — в настоящее время нормативные акты о неттинге приняты более чем в 40 странах³ и этот перечень постоянно пополняется. Впервые необходимость гармонизации законодательства в сфере неттинга была обоснована в 1990 г. в исследовании неттинга на межбанковском рынке, проведенном под эгидой Банка международных расчетов⁴. Получивший известность как «доклад Ламфалюсси», документ содержал выводы о благоприятном влиянии неттинга на банковский сектор, которое выражается в снижении кредитных и системных рисков, а также повышении ликвидности банковской системы. В отдельном разделе доклада, посвященном юридическим аспектам осуществления неттинга, было отмечено, что отсутствие надлежащей юридической защиты ликвидационного неттинга способно свести к нулю его положительные экономические эффекты, а полное устранение этих затруднений возможно только путем гармонизации соответствующих национальных законов⁵.

В дальнейшем вопрос о юридическом признании неттинга затрагивался в стандартах банковского регулирования, подготовленных Базельским комитетом по банковскому надзору (далее — Базельский комитет). В документе «Международная конвергенция измерения капитала и стандартов капитала» (Базель I) констатировалось отсутствие правовой определенности и положительной судебной практики в отношении ликвидационного неттинга. Эти обстоятельства стали причиной, по которой ликвидационный неттинг не был учтен в данном стандарте для целей определения требований к капиталу коммерческих банков, несмотря на его высокий потенциал снижения кредитных рисков.

¹ Селивановский А.С. Зачет, взаимозачет, неттинг? // Хозяйство и право. 2009. № 9. С. 60.

² Paech P. Close-Out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws // Journal of Corporate Law Studies. 2014. Vol.14. Part 2. P. 427.

³ [Электронный ресурс]: // URL: http://www.isda.org/docproj/stat_of_net_leg.html (дата обращения: 19.02.2017)

⁴ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.bis.org/cpmi/publ/d04.pdf> (дата обращения: 19.02.2017)

⁵ Fazio S. The Harmonization of International Commercial Law. New York, 2007. P. 122.

Впоследствии под воздействием доклада Ламфалусси Базельский комитет изменил свою точку зрения в специальном «Консультативном предложении» (1993)⁶. В нем указывалось на необходимость учета ликвидационного неттинга при выполнении определенных юридических требований. Однако полноценное признание ликвидационного неттинга было осуществлено в 2004 г. в стандарте «Базель II», содержащем подробное регулирование учета ликвидационного неттинга при определении требований к капиталу кредитных организаций⁷. Одним из условий такого признания является юридическая основа исполнения соглашений о неттинге вне зависимости от банкротства или несостоятельности контрагента.

Международная организация регуляторов рынка ценных бумаг (IOSCO), объединяющая государственные органы в области фондовых рынков, поддержала инициативу Базельского комитета. Так, в 1996 г. была принята «Резолюция о необходимости обеспечения признания соглашений о неттинге в отношении деривативных сделок»⁸, согласно которой члены IOSCO должны предпринять усилия для обеспечения определенности в отношении исполнения соглашений о неттинге во всех юрисдикциях. Совет финансовой стабильности также подтвердил приверженность распространению ликвидационного неттинга в одном из своих документов⁹.

Призыв к гармонизации законов о неттинге и дав льготы финансовым институтам при наличии юридически защищенных соглашений о неттинге, международные органы в области регулирования финансовых рынков и банковского сектора создали благоприятную почву для осуществления изменений законодательства с целью признания ликвидационного неттинга. Однако в опубликованных данными органами документах нет предложений о принятии правовых норм. Зачастую разработка таких норм осуществляется международными организациями в области унификации частного права, однако роль «локомотива» в процессе сближения законодательства о ликвидационном неттинге на начальном этапе взяла на себя неправительственная организация, не обладающая подобным мандатом — Международная ассоциация по свопам и деривативам (ISDA).

Ассоциация была создана в 1980-х гг. в Нью-Йорке по инициативе инвестиционно-го банка «Саломон Бразерс» с целью объединения участников рынка производных финансовых инструментов и изначально состояла из 10 банков¹⁰. В настоящее время ISDA является одной из крупнейших организаций такого типа по числу участников¹¹. Одним из видов деятельности ISDA, являются разработка и публикация стандартной документации для заключения внебиржевых деривативных сделок на основе генеральных соглашений, которая носит характер источника *lex mercatoria* на финансовых рынках¹².

⁶ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.bis.org/publ/bcbs11c.pdf> (дата обращения: 19.02.2017)

⁷ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.bis.org/publ/bcbs107.pdf> (дата обращения: 19.02.2017)

⁸ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.iosco.org/library/resolutions/pdf/IOSCORES13.pdf> (дата обращения: 19.02.2017)

⁹ [Электронный ресурс]: // URL: http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_141015.pdf (дата обращения: 19.02.2017)

¹⁰ *Harding P. Mastering the ISDA Master Agreements (1992 and 2002): A Practical Guide for Negotiators.* Harlow, 2004. P. 19.

¹¹ *Райнер Г. Внебиржевые срочные сделки при банкротстве: сравнительно-правовое исследование актуальных инициатив по реформированию российского законодательства / Частное право и финансовый рынок: Сборник статей / отв. ред. М.Л. Башкатов. М., 2011. Вып. 1. С. 368.*

¹² *Липовцев В.Н. Соотношение *lex mercatoria* и законодательства Российской Федерации о рынке ценных бумаг (пробелы современного правового регулирования) // Бизнес в законе. 2012. № 2. С. 82.*

Первые генеральные соглашения ISDA Interest Rate Swap Agreement¹³ и Interest Rate Swap and Currency Exchange Agreement¹⁴ были разработаны в 1987 г. и содержали положения о ликвидационном неттинге.

В ходе работы Ассоциация столкнулась с отсутствием в национальном законодательстве многих стран юридических норм о защите данного механизма¹⁵. Для решения проблемы ISDA перешла к обеспечению изменения национальных законодательств на основе разработанных ассоциацией модельных законов. Первая редакция Модельного закона о неттинге (ISDA Model Netting Act) была подготовлена в 1996 г. с целью «установления базовых принципов, необходимых для обеспечения двухстороннего ликвидационного неттинга»¹⁶. Документ стал первым международным стандартом в области гармонизации ликвидационного неттинга и послужил основой для признания неттинга в целом ряде стран¹⁷.

В настоящее время Ассоциация применяет Модельный закон ISDA (2006), который является обновленным вариантом модельных актов 1996 и 2002 гг.¹⁸ Согласно содержащемуся в Модельном законе определению, ликвидационным неттинг представляет собой процедуру из четырех этапов — прекращение обязательств по квалифицированным финансовым контрактам, их оценку, конвертацию полученных сумм в единую валюту и определение нетто-баланса путем осуществления зачета или иным образом. Модельный закон требует, чтобы условие о ликвидационном неттинге обязательно содержалось в одном или нескольких рамочных (генеральных) соглашениях.

Для описания круга сделок, в отношении которых может осуществляться неттинг, Модельный закон использует термин «квалифицированные финансовые контракты». При этом в документе приводится перечень квалифицированных финансовых контрактов, покрывающий «широкий спектр производных финансовых инструментов»¹⁹ и иных договоров. Центральные банки стран, имплементирующих положения о неттинге в национальное законодательство, имеют право расширить этот перечень путем издания соответствующего нормативного акта.

Положения, непосредственно направленные на юридическую защиту неттинга, содержатся в ст. 3 и 4 Модельного закона. По ст. 3 не допускается признание финансовых контрактов недействительными или отказ в их судебной защите на основе законодательства, регулирующего проведение игр и пари. Статья 4 содержит подробные положения о признании и судебной защите соглашения о ликвидационном неттинге, в том числе в отношении несостоятельного должника.

В п. (а) ст. 4 изложено общее положение, согласно которому соглашение о неттинге должно быть исполнимо (enforceable) в соответствии с его условиями, и его действие не может быть приостановлено или ограничено действиями ликвидатора или нормами за-

¹³ URL: <http://assets.isda.org/media/e0f39375/43fc082c-pdf/> (дата обращения: 19.02.2017)

¹⁴ URL: <http://assets.isda.org/media/e0f39375/69d0db85-pdf/> (дата обращения: 19.02.2017)

¹⁵ Yeowart G., Parsons R. Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral. Cheltenham, 2016. P. 445.

¹⁶ Lomfeld B., Somma A., Zumbansen P. Reshaping Markets: Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia. Cambridge, 2016. P. 146.

¹⁷ Шамраев А.В. Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках. М., 2010. С. 124.

¹⁸ Краснов Ю.К. Реальный шаг к существенному снижению кредитных рисков на рынке деривативов // Вестник Финансового университета. 2009. № 2. С. 27.

¹⁹ Греков М.Н. Правовая природа неттинга в деривативных договорах // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 2. С. 85.

конодательства о банкротстве, реорганизации, а также положениями иных законов, которые применяются к несостоятельному должнику. Пункты (b) и (c) рассматриваемой статьи содержат положения об ограничении требований и обязательств по соглашению о неттинге после наступления банкротства размерами нетто-обязательства и нетто-требования, порядок определения которых предусмотрен Модельным законом.

Пункты (d)–(g) ст. 4 Модельного закона включают положения о нераспространении или ограниченном действии в отношении соглашений о неттинге некоторых институтов конкурсного права, которые могут негативно отразиться на его осуществлении. В частности, к квалифицированным финансовым контрактам не может применяться право управляющего в делах о банкротстве на отказ от исполнения или, наоборот, сохранение действия обязательств по таким контрактам (п. (d) ст. 4). Применение данного права допускается исключительно в отношении всего нетто-обязательства, возникшего в результате неттинга, но не в отношении отдельных сделок, которые охвачены соглашением о неттинге.

Равным образом к ликвидационному неттингу не применяются положения законодательства о банкротстве, направленные на ограничение осуществления зачета, взаимозачета или сальдирования обязательств между несостоятельным должником и его контрагентами (п. (e) ст. 4). Согласно следующему п. (f) рассматриваемой статьи, не допускается применение положений законодательства об оспаривании сделок с предпочтением или подозрительных сделок к платежам и обязательствам, возникающим на основе соглашения о неттинге, за исключением некоторых специальных случаев.

В соответствии с п. (g) ст. 4 Модельного закона полномочия судебных и государственных органов, а также арбитражных управляющих на наложение моратория или приостановления взыскания не должны приводить к ограничению действия или отсрочке в осуществлении ликвидационного неттинга. Кроме того, Модельный закон регулирует вопросы осуществления ликвидационного неттинга в отношении обеспечения (*collateral*) по финансовым сделкам и ряд специфических вопросов, возникающих при проведении неттинга по сделкам, заключенным через филиалы юридического лица, находящиеся в разных странах (*multibranch netting*).

Помимо непосредственной подготовки и публикации модельных законов о неттинге, ISDA регулярно предпринимает усилия к его имплементации в различных странах путем лоббирования²⁰. Добиваясь принятия закона о неттинге в очередной юрисдикции, Ассоциация направляет письмо локальному регулятору²¹, органам исполнительной власти²² или представителю законодательного органа²³, содержащее последнюю версию модельного закона. Пока модельные законы ISDA оставались единственными инструментами гармонизации в области ликвидационного неттинга (1996–2004), к странам, уже имевшим законодательство о неттинге, добавились Португалия (1997), Австралия (1998), Япония (1998), Новая Зеландия (1999), Венгрия (2001) и Польша (2003).

²⁰ Avgouleas E. Governance of Global Financial Markets: The Law, the Economics, the Politics. Cambridge, 2013. P. 454.

²¹ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.isda.org/speeches/pdf/KZ-Ltr-AFN.pdf> (дата обращения: 19.02.2017)

²² [Электронный ресурс]: // URL: http://www.isda.org/speeches/pdf/SVN_NettingLtr-MoJ_v1.pdf (дата обращения: 19.02.2017)

²³ [Электронный ресурс]: // URL: http://arb.ru/site/docs/other/Kom20_RUS_BanksInsolvBill_Engl-Russian_Sep07.pdf (дата обращения: 19.02.2017)

Перечень инструментов гармонизации неттинга пополнился в 2004 г. с публикацией Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) Руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности²⁴ (далее — Руководство ЮНСИТРАЛ). С целью уменьшения системных рисков, угрожающих стабильности финансовых рынков, в Руководство были включены рекомендации 101–107, касающиеся ликвидационного неттинга в отношении финансовых контрактов в ходе процедур банкротства.

Сфера действия Руководства в части неттинга схожа со сферой действия Модельного закона: документ предусматривает возможность осуществления неттинга в отношении финансовых контрактов. При этом в отличие от Модельного закона, перечня сделок, которые могли бы считаться таковыми, в тексте документа нет. В Руководстве ЮНСИТРАЛ указано, что финансовые контракты должны быть определены широко, чтобы охватить все новые типы финансовых сделок при их появлении (рекомендация 107) и их стороной не обязательно должен являться финансовый институт (рекомендация 106). В отличие от Модельного закона, условия о неттинге не должны являться частью какого-либо генерального соглашения и могут применяться в иной форме.

При моратории на прекращение сделок или ограничении действия положений об автоматическом прекращении обязательств при наступлении банкротства такие положения не должны распространяться на финансовые контракты. Кроме того, рекомендация 102 содержит положение о неприменении запретов на осуществление зачета до и после начала процедур банкротства. Руководство предусматривает нераспространение правил об оспаривании сделок (*avoidance provisions*), совершенных накануне банкротства, на процедуры ликвидационного неттинга.

Представляется, что публикация Руководства не повлияла на статус Модельного закона ISDA как основного инструмента гармонизации в области неттинга. Рекомендации ЮНСИТРАЛ являются менее подробными, чем аналогичные положения Модельного закона о неттинге ISDA и ограничены исключительно рамками процедур несостоятельности. Тем не менее, Руководство является первым стандартом в области неттинга, разработанным международной организацией, что имело существенное значение для распространения гармонизации отношений по ликвидационному неттингу.

Вслед за ЮНСИТРАЛ к гармонизации правового регулирования ликвидационного неттинга подключилась другая авторитетная международная организация — Римский институт международного частного права (УНИДРУА). Первым разработанным УНИДРУА документом, содержащим положения о ликвидационном неттинге, является Конвенция о материальных нормах для ценных бумаг находящихся у посредника (2009) (далее — Женевская конвенция)²⁵. В Конвенцию были включены положения о защите неттинга в отношении обеспечения в виде ценных бумаг, однако до настоящего времени документ не вступил в силу по причине недостаточного количества государств, присоединившихся к Конвенции.

Вопреки предположению, что значение Модельного закона будет снижаться с распространением Женевской конвенции²⁶, потеснить Модельный закон в качестве основного инструмента гармонизации способен только другой документ, разработанный

²⁴ [Электронный ресурс]: // URL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004_Guide.html (дата обращения: 19.02.2017)

²⁵ URL: <http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/convention.pdf> (дата обращения: 19.02.2017)

²⁶ Шамраев А.В. Указ. соч. С. 124

УНИДРУА. Принципы УНИДРУА об осуществлении ликвидационного неттинга (2013) (далее — Принципы неттинга УНИДРУА) являются последним по времени принятия и наиболее полным документом, направленным на гармонизацию законодательства о ликвидационном неттинге. Данный документ стал результатом интенсивной работы УНИДРУА в период с 2011 по 2013 гг., в которой участвовали представители международных организаций, регуляторов финансового рынка, представителей делового и академического сообщества²⁷. Принципы неттинга УНИДРУА отражают формирующееся мировое в сфере неттинга правосознание²⁸ и являются своего рода ответом на вызовы, вставшие перед мировым сообществом в ходе глобального экономического кризиса²⁹.

Как следует из вводной части Принципов неттинга они адресованы законодателям и государственным служащим государств, которые намереваются имплементировать правовые нормы о неттинге в национальное законодательство. Из сферы действия документа исключены сделки между физическими лицами, заключенные с целью личного, семейного и домашнего потребления. Принцип 1 «Пределы действия Принципов» содержит положения о сфере действия документа. В соответствии с ним, данный инструмент гармонизации регулирует процедуру осуществления ликвидационного неттинга между допустимыми сторонами (*eligible parties*) в отношении разрешенных обязательств (*eligible obligations*).

Принцип 2 «Определение положения о ликвидационном неттинге» содержит дефиницию ликвидационного неттинга, основанную на функциональном подходе, т.е. вместо определения правовой природы ликвидационного неттинга авторы документа предпочли описать порядок действия данного механизма. Такое определение является широким и нейтральным для того, чтобы охватить различные виды договорных конструкций, которые обеспечивают одинаковый результат³⁰. Принципы 3 и 4 также содержат ряд определений важнейших терминов, таких как допустимые стороны (*eligible counter parties*), квалифицированный участник финансового рынка (*qualified participant of financial market*), публичные органы (*public authority*) и разрешенные обязательства (*eligible obligations*).

Принципы 5–8 содержат положения, которые «непосредственно относятся к условиям о ликвидационном неттинге»³¹. Важное значение имеет Принцип 5 «Формальные действия и требования о репортинге», согласно которому осуществление неттинга не должно зависеть от выполнения формальных требований, за исключением существования положения о ликвидационном неттинге в письменной или иной эквивалентной форме, а также использования стандартной документации какой-либо торговой организации. Кроме того, имплементирующие государства не должны ставить действие неттинга в зависимость от поступления информации о сделках в торговый репозиторий или аналогичные организации.

Принцип 6 «Общее осуществление положений о ликвидационном неттинге» содержит требование о судебной защите ликвидационного неттинга. Ключевым пунктом

²⁷ Baber G. *Essays on International Law*. Cambridge, 2017. P. 46.

²⁸ Вишневский П.Н. Правоотношения на международном финансовом рынке // *Международное право и международные организации*. 2014. № 3. С. 405.

²⁹ Mallard G., Sgard J. *Contractual Knowledge: One Hundred Years of Legal Experimentation in Global Markets*. Cambridge, 2016. P. 390.

³⁰ Haentjens M., Wessels B. *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*. Chaltenham, 2015. P. 332.

³¹ Вишневский П.Н. Указ. соч. С. 407.

всего документа³² является Принцип 7, в который включены положения о признании ликвидационного неттинга условиях банкротства. Принцип 8 посвящен действию ликвидационного неттинга в условиях мер по восстановлению платежеспособности финансовых организаций.

На основе сравнительного анализа Принципов неттинга УНИДРУА и других документов в области гармонизации законодательства о ликвидационном неттинге можно сделать следующие выводы. Во-первых, принципы УНИДРУА содержат ограниченный перечень участников отношений по неттингу. В частности, сторонами указанных отношений не могут быть домохозяйства, а нефинансовые организации могут становиться таковыми только в случаях, специально предусмотренных нормативными актами. Такое ограничение субъектного состава сторон ликвидационного неттинга появилось в актах гармонизации неттинга впервые.

Во-вторых, согласно Принципам УНИДРУА положение о неттинге не должно являться частью какой-либо стандартной документации и может содержаться в любых соглашениях сторон или осуществляться на биржевом рынке, что существенным образом отличает данный документ от Модельного закона. В-третьих, впервые в документах о гармонизации неттинга говорится о недопустимости дополнительных условий для признания данного механизма, таких как репортинг и выполнение формальных требований.

В-четвертых, в отличие от Модельного закона и Руководства ЮНСИТРАЛ, Принципы неттинга УНИДРУА учитывают последние тенденции в области правового регулирования восстановления платежеспособности кредитных организаций и допускают наложение моратория (*stay*) на объявление дефолта с целью дальнейшего осуществления ликвидационного неттинга. Наконец, Принципы УНИДРУА предусматривают исключения из требований о нераспространении ограничительных институтов конкурсного права на ликвидационный неттинг, которые не были известны ранее опубликованным международным инструментам гармонизации неттинга.

Таким образом, рассмотренные международные инструменты гармонизации в области ликвидационного неттинга объединяет два обстоятельства — сфера действия (ограничивается финансовыми контрактами) и направленность на «нейтрализацию» потенциально «недружественных» норм конкурсного законодательства. Среди институтов конкурсного права, которые затрагиваются в инструментах гармонизации, выделяются следующие: право выбора управляющим сделок, запрет зачета накануне банкротства, право на оспаривание сделок и наложение моратория на их прекращение.

Принципы неттинга, Модельные законы о неттинге и Руководство ЮНСИТРАЛ, а также опыт принятия законов о неттинге, накопленный в странах с разными правовыми системами, будут способствовать дальнейшему распространению процесса гармонизации права в этой области. Важным обстоятельством, способствовавшим проведению эффективной гармонизации правового регулирования неттинга, вплоть до настоящего времени являлась поддержка ликвидационного неттинга всеми заинтересованными лицами, т.е. консенсус участников финансовых рынков, регуляторов и законодателей³³. Если этот консенсус не будет утрачен в будущем, гармонизация законодательства о ликвидационном неттинге сможет претендовать на характер универсальной и охватить максимально возможное количество стран.

³² Paech P. Op. cit. P. 428.

³³ Böger O. Close-out Netting Provisions in Private International Law and International Insolvency Law (Part I) // Uniform Law Review. 2013. Vol. 18. P. 236.



Библиография

- Вишневский П.Н. Правоотношения на международном финансовом рынке // Международное право и международные организации. 2014. № 3. С. 397–420.
- Греков М.Н. Правовая природа неттинга в деривативных договорах // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 2. С. 84–91.
- Липовцев В.Н. Соотношение *lex mercatoria* и законодательства Российской Федерации о рынке ценных бумаг (пробелы современного правового регулирования) // Бизнес в законе. 2012. № 2. С. 82–85.
- Райнер Г. Внебиржевые срочные сделки при банкротстве: сравнительно-правовое исследование актуальных инициатив по реформированию российского законодательства / Частное право и финансовый рынок: Сборник статей / отв. ред. М.Л. Башкатов. М.: Статут, 2011. Вып. 1. С. 357–401.
- Селивановский А.С. Зачет, взаимозачет, неттинг? // Хозяйство и право. 2009. № 9. С. 57–61.
- Avgouleas E. Governance of Global Financial Markets: The Law, the Economics, the Politics. Cambridge: University Press, 2013. 477 p.
- Baber G. Essays in International Law. Cambridge, 2017. 448 p.
- Böger O. Close-out Netting Provisions in Private International Law and International Insolvency Law (Part I) // Uniform Law Review. 2013. Vol. 18. P. 232–261.
- Fazio S. The Harmonization of International Commercial Law. Alphen an den Rijn, 2007. 272 p.
- Haentjens M., Wessels B. Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector. Cheltenham, 2015. 603 p.
- Harding P. Mastering the ISDA Master Agreements (1992 and 2002): A Practical Guide for Negotiators. Harlow, 2004. 256 p.
- Lomfeld B. et al. Reshaping Markets: Economic Governance, Global Financial Crisis and Liberal Utopia. Cambridge, 2016. 369 p.
- Mallard G., Sgard J. Contractual Knowledge: One Hundred Years of Legal Experimentation in Global Markets. Cambridge, 2016. 409 p.
- Paech P. Close-Out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws // Journal of Corporate Law Studies. 2014. Vol.14. Part 2. P. 419–452.
- Yeowart G., Parsons R. On the Law of Financial Collateral. Cheltenham, 2016. 835 p.
-

International Instruments for Close-out Netting Laws Harmonization



Alexey Klementiev

Postgraduate Student, Department of International Public and Private Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. Email: aklementiev@hse.ru



Abstract

The subject matter of the article is the process of harmonizing close-out netting regulation and the most important international standards in this area. Close-out netting is a contractual instrument for the termination of obligations under a range of financial transactions that is widely used in international markets. Mandatory bankruptcy rules in many countries hinder close-out netting operation resulting in the need for adopting national laws aimed at the recognition and enforceability of close-out netting. Supported by international bodies in the field of financial markets regulation, international standards for the harmonization of close-out netting legislation were adopted. The main objective of these instruments is the formation of model rules and guidelines to be used by legislators and regulators in their activities. Model Netting Act, drafted and published by the International Swaps and Derivatives Association in 1996, became the first one in a range of such documents. Subsequently, the organization has published updated model netting laws in 2002 and 2006. For eight years, these model acts were the only standards in that area and have been used for

implementing netting laws in several key jurisdictions. Subsequently, renowned international organizations in the field of unification of private law joined the harmonization process. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (2004) and UNIDROIT Principles of Close-out Netting (2013) were adopted to put close-out netting relations in order. All close-out netting instruments have similar scope (financial contracts) and are focused on the restriction of certain institutions of insolvency law, such as the prohibition of set-off shortly before and amidst the bankruptcy process, the right to challenge or reject the execution of transactions as well as imposing a moratorium on the termination of obligations. However, the UNIDROIT Principles can be considered as the most preferred tool for legislators and regulators since the document takes into account the interests of all the parties involved as well as the latest developments in the field of financial markets regulation and financial institutions resolution.



Keywords

close-out netting, harmonization of laws, model law, recommendations to lawmakers, financial contracts, insolvency (bankruptcy).

Citation: Klementiev A.P. (2017) *International Instruments for Close-Out Netting Laws Harmonization*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 122–131 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.122.131



References

Avgouleas E. (2013) *Governance of Global Financial Markets: The Law, the Economics, the Politics*. Cambridge: CUP, 477 p.

Baber G. (2017) *Essays on International Law*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 448 p.

Böger O. (2013) Close-out Netting Provisions in Private International Law and International Insolvency Law (Part I). *Uniform Law Review*, vol. 18, pp. 232–261.

Fazio S. (2007) *The Harmonization of International Commercial Law*. Alphen an den Rijn: Kluwer Law International, 272 p.

Grekov M.N. (2015) Pravovaya priroda nettinga v derivativnykh dogovorakh [Legal Nature of Netting in Derivative Contracts]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no 2, pp. 84–91.

Haentjens M., Wessels B. (2015) *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 603 p.

Harding P. (2004) *Mastering the ISDA Master Agreements (1992 and 2002): A Practical Guide for Negotiators*. Harlow: Prentice Hall, 256 p.

Lipovtsev V.N. (2012) Sootnoshenie lexmercatoria i zakonodatel'stva Rossiyskoy Federatsii o rynke tsennykh bumag (probely sovremennogo pravovogo regulirovaniya) [Lex mercatoria and Russian Legislation on Securities Market (Gaps in Modern Legal Regulation)]. *Biznes v zakone*, no 2, pp. 82–85.

Lomfeld B., Somma A., Zumbansen P. (2016) *Reshaping Markets: Economic Governance, Global Financial Crisis and Liberal Utopia*. Cambridge: CUP, 369 p.

Mallard G., Sgard J. (2016) *Contractual Knowledge: One Hundred Years of Legal Experimentation in Global Markets*. Cambridge: CUP, 409 p.

Paech P. (2014) Close-Out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws. *Journal of Corporate Law Studies*, vol.14, part 2, pp. 419–452.

Rayner G. (2011) Vnebirzhevye srochnye sdelki pri bankrotstve: sravnitel'no-pravovoe issledovanie aktual'nykh initsiativ po reformirovaniyu rossiyskogo zakonodatel'stva [Off-Exchange Transaction in Bankruptcy: Comparative Law Research of Current Initiatives in Reforming Russian Legislation]. *Chastnoe pravo i finansovyy rynek* [Private Law and Financial Market]. M.L. Bashkatov (ed.). Moscow: Statut, pp. 357–401.

Selivanovsky A.S. (2009) Zachet, vzaimozachet, netting? [Offset, Set-off, Netting?]. *Khozyaystvo i pravo*, no 9, pp. 57–61.

Vishnevsky P.N. (2014) Pravootnosheniya na mezhdunarodnom finansovom rynke [Legal Relations on International Financial Market]. *Mezhdunarodnoe pravo i mezhdunarodnye organizatsii*, no 3, pp. 397–420.

Yeowart G., Parsons R. (2016) *Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 835 p.

Модели правового регулирования коллективных увольнений в зарубежных странах



Е.С. Батусова

старший преподаватель кафедры трудового права и права социального обеспечения Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: ebatusova@hse.ru , batusovs@gmail.com



Аннотация

В статье рассмотрены три модели правового регулирования коллективных увольнений в зарубежных странах. Для них характерны как общие, так и особенные признаки. К общим относятся: закрепление критериев коллективных увольнений; предварительные консультации с профсоюзами или иными представительными органами работников; уведомление государственного органа о предстоящем коллективном увольнении; уведомление профсоюза о предстоящем коллективном увольнении; предложение работнику имеющихся у работодателя вакансий в порядке перевода и возможности пройти переобучение. В свою очередь, особенности определяются объемом гарантий для работников в области коллективных увольнений и варьируются от минимальных до максимальных. Для законодательства стран первой модели характерен акцент на интересы работодателя в сфере правового регулирования коллективных увольнений. Это проявляется в отсутствии законодательно установленных прав на преимущественное оставление на работе и права на повторный наем на работу. Данное обстоятельство существенно ослабляет защиту увольняемых работников, что приводит к росту социальной напряженности. Для нормативных правовых актов стран второй модели свойственно закрепление максимального количества гарантий в процессе коллективных увольнений: преимущественное право на оставление на работе для отдельных категорий работников и право на повторный наем на работу. Подобный подход имеет целью максимальную защиту трудовых прав работников в процессе коллективных увольнений. Законодательство стран третьей модели испытало на себе влияние двух концепций — гибкости и жесткости в правовом регулировании коллективных увольнений. Это проявилось в том, что оно закрепляет как гарантии для работников, так и для работодателей. Уровень гарантий для работников в сфере коллективных увольнений выше, чем в нормативных правовых актах стран первой модели, но ниже, чем в законодательстве стран второй модели. Можно сделать вывод, что трудовое законодательство о коллективных увольнениях в зарубежных странах находится в постоянной динамике и имеет целью достижение баланса интересов работников, работодателей и государства.



Ключевые слова

трудовое право, зарубежные страны, коллективные увольнения, работники, работодатели, трудовые права, гарантии трудовых прав, трудовое законодательство, профессиональные союзы.

Библиографическое описание: Батусова Е.С. Модели правового регулирования коллективных увольнений в зарубежных странах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 132–143. JEL: К 31; УДК: 349 DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.132.143

В современных условиях в зарубежных странах правовое регулирование коллективных увольнений приобретает все большую актуальность в связи с ростом безработицы. Так, по данным Евростата, количество безработных в июле 2016 года в 28 странах Европейского Союза составило 21 млн. 63 тыс. человек¹. В Испании уровень безработицы — 19,6% трудоспособного населения, в Италии — 11,4%, во Франции — 10,3%, в Бельгии — 8,3%².

По вопросу о том, какое содержание зарубежные законодатели вкладывают в дефиницию «коллективные увольнения», мы придерживаемся точки зрения Е.В. Мотиной, которая под «коллективным увольнением в зарубежном праве понимает прекращение трудовых отношений с определенным количеством работников на протяжении относительно непродолжительного периода времени по причинам, влекущим ликвидацию предприятия или сокращение численности работающих, при условии соблюдения специальных процедур и гарантий»³.

Впервые коллективные увольнения в зарубежных странах были подвергнуты юридической регламентации в первые десятилетия после Второй Мировой войны⁴. С.Л. Зивс полагает, что ранее судебная практика во многих странах не считала коллективные увольнения особым видом увольнений, требующим дополнительных гарантий⁵.

Зарубежные законодатели ряда экономически развитых стран в настоящее время пытаются решить проблему оптимального баланса интересов работников и работодателей в сфере коллективных увольнений. С одной стороны, работодателям по экономическим и организационным причинам выгодно закрепление механизма коллективных увольнений без гарантий работникам в этой области. Это позволяет им снизить затраты на рабочую силу. Однако работники и профессиональные союзы не заинтересованы в таком законодательстве, где отсутствуют механизмы защиты их трудовых прав в процессе коллективных увольнений.

Попытка решения этой проблемы в последнее время обусловила появление ряда тенденций в сфере правового регулирования коллективных увольнений, реализация которых привела к закреплению в зарубежном трудовом законодательстве нескольких моделей правового регулирования коллективных увольнений. Основное отличие этих моделей состоит в расстановке акцентов либо на интересы работодателей, либо интересы работников.

Велика в этом отношении роль Международной организации труда. Д.В. Черняева отмечает, что «коллективные увольнения, т.е. одновременное прекращение индивидуального трудового договора с несколькими работниками, входят в сферу действия Конвенции МОТ №158 о прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя (1982). Поэтому страны, ратифицировавшие данную Конвенцию, регулируют

¹ [Электронный ресурс]: // URL: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Unemployment_statistics (дата обращения: 19.09.2016)

² Unemployment Rate in States of European Union in July 2016 [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.statista.com/statistics/268830/unemployment-rate-in-eu-countries> (дата обращения: 19.09.2016)

³ Мотина Е.В. О влиянии модели рынка труда на правовое регулирование коллективных увольнений [Электронный ресурс]: // URL: <http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/122804/1/%D0%9E%20%D0%B2%D0%BB%D0%B8%D1%8F%D0%BD%D0%B8%D0%B8%20%D0%BC%D0%BE%D0%B4%D0%B5%D0%BB%D0%B8%20%D1%80%D1%8B%D0%BD%D0%BA%D0%B0%20%D1%82%D1%80%D1%83%D0%B4%D0%B0.pdf> (дата обращения: 19.09.2016)

⁴ Киселев И.Я. Трудовой договор при капитализме: проблемы найма и увольнения. М., 1989. С. 132.

⁵ Зивс С.Л. Труд, право, идеология. М., 1982. С. 113.

вопросы коллективных увольнений весьма схожим образом»⁶. В правовом регулировании коллективных увольнений в отдельных странах есть общее и особенное. Общие критерии заключаются в следующем:

1. Закрепление критериев коллективных увольнений.
2. Предварительные консультации с профсоюзами или иными представительными органами работников.
3. Уведомление государственного органа о предстоящем коллективном увольнении.
4. Уведомление профсоюза о предстоящем коллективном увольнении.
5. Предложение работнику имеющихся у работодателя вакансий в порядке перевода и возможности пройти переобучение.

Важно и то, что в большинстве стран массовые увольнения работников по экономическим, организационным, технологическим причинам регламентируются отдельно от индивидуальных увольнений работников, а также посредством социального партнерства⁷.

Т.А. Мазаева обращает внимание, что «принятые законы и сложившаяся практика допускают и легализуют коллективные увольнения по экономическим, техническим или организационным мотивам... отдают на усмотрение предпринимателя решение вопроса об увольнениях». Она отмечает также, что они «оговаривают четкий порядок коллективных увольнений, вводят обязательность определенных форм государственного контроля и мер по упорядочению и смягчению последствий увольнений для работников»⁸.

Проанализируем три основные модели правового регулирования коллективных увольнений в зарубежных странах, которым свойственны следующие признаки:

- минимальные гарантии работникам при их коллективном увольнении (Бельгия, Дания, Швейцария, США) — первая модель;
- максимальные гарантии работникам при их коллективном увольнении (Франция, Италия) — вторая модель.
- эффективные гарантии трудовых прав работников, однако и права работодателей защищаются максимально (Финляндия, Германия, Испания) — третья (смешанная) модель.

В рамках первой модели мы можем выделить несколько подходов к правовому регулированию коллективных увольнений. Первый характерен для ряда стран ЕС (например, Бельгии и Дании); второй свойственен для европейских стран, не являющихся членами ЕС (например, Швейцарии); третий присущ государствам англо-саксонской системы права (США).

Законодательство стран ЕС было изменено под влиянием Директивы Совета 98/59/ЕС от 20.07.1998 о сближении законодательства государств-членов, касающихся коллективных увольнений, которая возложила на работодателей обязанность консультироваться с представителями работников и реагировать на их предложения⁹. Оценивая значимость этого правового акта, Т.А. Пустовалова отмечает, что массовые увольнения,

⁶ Коллективные увольнения в зарубежных странах [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.kadrovik.ru/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=10379> (дата обращения: 19.09.2016)

⁷ *Парягина О.А.* Массовое увольнение работников [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.hrportal.ru/article/massovoe-uvolnenie-rabotnikov> (дата обращения: 19.09.2016)

⁸ *Мазаева Т.А.* Опыт решения некоторых социально-экономических проблем разоружения на Западе [Электронный ресурс]: // URL: http://www.observer.materik.ru/observer/N03_93/017.HTM (дата обращения: 19.09.2016)

⁹ Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the Approximation of the Laws of the Member States Relating to Collective Redundancies [Электронный ресурс]: // URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31998L0059> (дата обращения: 12.09.2016)

если они являются неожиданными и непредусмотренными, отягощают рынок труда сильнее, чем увольнение отдельных работников в течение длительного промежутка времени¹⁰. А. Рейтц обращает внимание, что Директива Совета 98/59/ЕС касается практических договоренностей и процедур в этой сфере¹¹. Отметим также и позицию М. Сарджента и Д. Льюиса, что данная Директива обеспечивает защиту работников в процессе реструктуризации бизнеса¹².

Охарактеризуем правовое регулирование коллективных увольнений в ряде стран ЕС. По законодательству Бельгии (Закон о содействии занятости (1998), Королевский указ о коллективных увольнениях (1976)) коллективным увольнением считаются такие действия работодателя, когда увольнению в течение 60 дней подлежат как минимум 10 работников при количестве работников от 22 до 99; 10% при количестве от 100 до 300 работников; 30% при количестве 300 работников и более¹³.

Перед этой процедурой обязательно должны состояться консультации с представительным органом работников, что закреплено в ст. 6 Королевского указа о коллективных увольнениях и ст. 66 (§ 1) Закона о содействии занятости, а также в Коллективном соглашении о порядке информирования и проведения предварительных консультаций с представителями работников при коллективных увольнениях (1975)¹⁴. Одновременно работодатель обязан поставить в известность государственные органы (ст. 7 Королевского указа о коллективных увольнениях и ст. 66 (§ 2) Закона о содействии занятости). Получения согласия государственных органов или представителей работников не требуется. Законодательно не закреплено преимущественного права на оставление на работе. Однако в соглашении указывается, что информация о категориях работников, имеющих преимущественное право на оставление на работе, определяется работодателем и доводится до сведения представителей работников в процессе консультаций¹⁵. Например, могут использоваться следующие критерии: возраст, наличие детей, уровень квалификации. Работодатель обязан рассматривать и другие меры для сохранения работника на работе. Статья 6 Коллективного соглашения предусматривает консультации по социальным мерам, однако обязательное закрепление таких социальных мер отсутствует, формулируется только необходимость консультаций и реагирование на любые предложения представителей работников. Также нормативно не закрепляется преимущественное право на повторный найм лиц, имевших ранее опыт работы в данной организации.

По мнению П. Печеновски, в Бельгии увольнения по причинам, связанным с бизнесом, тесно связаны с коллективными увольнениями¹⁶.

¹⁰ Пустовалова Т.А. Трудовое право Европейского союза: теория и практика. М., 2015. С. 367.

¹¹ Reitz A. Labor and Employment Law in the New EU Member and Candidate States. N.Y., 2007. P. 23.

¹² Sargent M., Lewis D. Employment Law. Harlow, 2008. P. 321.

¹³ Arrêté royal sur les licenciements collectifs. 24 May 1976. Art.1 // Emploi et Travail [Электронный ресурс]: // URL: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1976052401&table_name=loi; Loi portant des dispositions en faveur de l'emploi // Emploi et Travail [Электронный ресурс]: URL: // http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1998021332&table_name=loi (дата обращения: 19.09.2016)

¹⁴ Convention collective de travail. No 24. 2 October 1975 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-024.pdf> (дата обращения: 19.09.2016)

¹⁵ Ibid. Article 6.

¹⁶ Pecinovsky P. Dismissal due to the Business Reasons in Belgium [Электронный ресурс]: // URL: https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2014-2/CLLD_DISMISSALS_DUE_TO_BUSINESS_REASONS.pdf (дата обращения: 19.09.2016)

По законодательству Дании (ст. 1 Закона о предварительном уведомлении и других действиях в связи с коллективными увольнениями (1994)), в отличие от бельгийских нормативных правовых актов, иначе определяется критерий массовости увольнений: срок, в течение которого осуществляется увольнение, гораздо короче. Так, в Дании и Бельгии количественные показатели соотношения увольняемых работников и общего количества работников организации одинаковы, однако в Дании рассматриваемый период в два раза короче — 30 дней, а не 60¹⁷. Таким образом, датский законодатель иначе подходит к критерию массовости. В том случае, если это же количество работников будет уволено за период более 30 дней, то увольнение не будет массовым. Датский законодатель более жестко подходит к этому критерию, что выгодно работодателю.

Рассматриваемый датский закон закрепляет обязательность предварительных консультаций с представительным органом работников и уведомление о начале процедуры (ст. 5 и 6), а также уведомление государственного органа (ст. 7). Согласования необходимости коллективного увольнения с государственными органами и представительным органом работников не требуется, работодатель принимает это решение самостоятельно. При этом ч. 2 ст. 5 Закона закрепляет необходимость уменьшения негативных последствий для работников путем возможного перевода или переподготовки работников подлежащих увольнению с сокращаемых должностей. Обязанности преимущественного приема лиц, имеющих опыт работы в данной организации, не закреплено.

Отдельно рассмотрим законодательство Швейцарии, которая не является членом Европейского Союза и на нее не распространяется специальная директива ЕС (второй подход в рамках первой модели правового регулирования коллективных увольнений). Статья 335d Швейцарского обязательственного закона (1911)¹⁸ закрепляет по сути такие же критерии массовости увольнения, как в Дании. Также в этом Законе фиксируются и обязательные предварительные консультации с представительным органом работников (ст. 335f), и уведомление государственных органов (ст. 335g) и представителей работников (ст. 335f). Согласования ни с государственными органами, ни с представителями работников не требуется, однако работодатель обязан рассмотреть предложения, направленные на предотвращение увольнений или смягчения их негативных последствий (ст. 335f 2). Преимущественное право на оставление на работе для отдельных категорий и право бывших работников на повторный найм законодательно также не установлены.

Обратимся к судебной практике. Высший суд Цюрихского кантона сформулировал позицию, в соответствии с которой в делах о массовых увольнениях уведомление работодателем работников не является неправомерным, если уведомление мотивировано экономическими причинами, даже если с работниками прекращают трудовой договор вследствие достижения ими предельного возраста¹⁹. Эта позиция подвергалась резкой критике. Подчеркивая значимость Закона, Д. Гибсон обращает внимание, что в Швейцарии в процессе переговоров работники имеют право выражать свое мнение о коллективных увольнениях²⁰.

¹⁷ Act Respecting Advance Notice etc. in Connection with Mass Lay-offs. Art.1. Lovtidende. 1994-06-02. Vol. 84. No. 414. P. 1963–1966.

¹⁸ Швейцарский обязательственный закон. Федеральный закон о дополнении Швейцарского гражданского кодекса (Часть пятая: Обязательственный закон): от 30 марта 1911 г. М., 2012. С. XVII–XXXV, 1–526.

¹⁹ Age Discrimination Law in Europe / Ed. N.Bokum, P. Bartelings. Deventer, 2009. P. 363.

²⁰ Gibson D. Employment Guide to Switzerland // URL: <http://employment.law-ondemand.com/wp-content/uploads/2014/01/EU-Switzerland.pdf> (дата обращения: 12.09.2016)

Перейдем к третьему подходу в рамках первой модели. На правовое регулирование коллективных увольнений данных стран оказывает влияние англо-саксонская доктрина. Этому подходу придерживаются законодатели США. Закон о предварительном уведомлении работников и переподготовке (1988))²¹ устанавливает, что для организаций с количеством работников более 100:

1) массовое увольнение — увольнение в течение 30 дней, затрагивающее:

- по меньшей мере, 500 или более работников или
- от 50 до 499 работников, если это составляет не менее 33% от общего количества работников;

2) ликвидация организации или филиала, при котором 50 и более работников были уволены в течение 30 дней²².

При этом требуется письменное уведомление об увольнении по инициативе работодателя за 60 дней при коллективном увольнении и при количестве работников 100 и более человек. В это число не входят работники, которые работают менее 20 часов в неделю или которые работали менее шести месяцев в предшествующий год²³. Это правило не распространяется на государственных служащих, сельскохозяйственных работников, домашнюю прислугу, руководителей.

В США предварительные консультации с представителем работников не установлены законодательно, однако для работодателей, работники которых состоят в профсоюзе, такие переговоры об условиях увольнения обязательны²⁴. Законодательство содержит также требование, что организации (в которых 100 и более работников) должны уведомить государственные органы в письменном виде и, соответственно, профсоюз за 60 дней до увольнения. Если работники не объединены в профсоюз, то уведомляют всех работников, к кому это относится²⁵. Работодатель обязан вести переговоры с представителями работников до достижения договоренности, эти переговоры должны происходить прежде чем решение об увольнении будет проведено в жизнь²⁶.

Отметим и то, что согласования с государственными органами и профсоюзом решения о коллективном увольнении не требуется. Также отсутствует законодательное закрепление категорий лиц, имеющих преимущественное право на оставление на работе. Вместе с тем, коллективные договоры зачастую содержат условия о возможности перевода на нижестоящую должность работников, которые подлежат сокращению.

Заслуживает внимания мнение американского ученого Т. Колера, что, в отличие от немецкого законодательства, нормативные правовые акты США не содержат преимущественного права на оставление на работе в случае коллективных увольнений²⁷.

²¹ Worker Adjustment and Retraining Notification Act of 1988 (WARN). United States Code. Chapter 23 [Электронный ресурс]: // URL: <https://law.cornell.edu/uscode/text/29/2101> (дата обращения: 12.09.2016)

²² Ibid. Section 2101 (a) (3).

²³ Ibid. Sec. 2101 (a)(3), sec. 2101 (b)(2).

²⁴ Sect. 8 (a) (5) of the NLRA (National Labor Relations Act of 1935). Title 29 of USC § 158(a)(5); Title 29, Chapter 7, Subchapter II. USC [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.nlr.gov/resources/national-labor-relations-act> (дата обращения: 19.09.2016)

²⁵ Ibid. Sec. 2102 (a)(1). Title 29.[Электронный ресурс]: // URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/29/2102> (дата доступа: 19.09.2016)

²⁶ Good Samaritan Hospital. 335 NLRB 901, 902 (2001).

²⁷ Kohler T. Dismissal due to the Business Reasons in the United States of America // Comparative Labor Law Dossier Dismissals due to Business Reasons [Электронный ресурс]: // URL: https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2014-2/CLLD_DISMISSALS_DUE_TO_BUSINESS_REASONS.pdf (дата обращения: 19.09.2016)

Вторая модель (Франция, Италия) правового регулирования характеризуется наличием широкой системы гарантий защиты трудовых прав работников в процессе коллективных увольнений. Это проявляется, в частности, при закреплении преимущественного права на оставление на работе и в повторном найме на работу. Для французского и итальянского законодательства, несомненно, большое значение имеет упомянутая Директива Совета 98/59/ЕС о сближении законодательства государств-членов, касающихся коллективных увольнений. Кроме того, мы можем констатировать, что законодательство Франции и Италии в вопросах коллективных увольнений учитывает прежде всего интересы работников, что отличает нормативные правовые акты этих стран от законодательства Бельгии и Дании (первая модель), которые тоже имплементировали Директиву ЕС, но акцент в которых приходится на интересы работодателя.

Проанализируем правовое регулирование коллективного увольнения во Франции. Оно жестко регламентировано²⁸. Трудовой кодекс Франции не закрепляет понятия такого увольнения, но определяет критерий увольнения по экономическим причинам: менее 10 человек за 30 дней; 10 или более работников за 30 дней²⁹. Перед началом процедуры увольнения необходимо обязательное проведение консультации с представителями работников, вне зависимости от количества работников, подлежащих увольнению за месячный период³⁰.

Предусматривается уведомление государственного органа³¹ и представителей работников³² вне зависимости от того, сколько человек увольняется за 30 дней. Согласие государственных органов не обязательно, однако они проверяют соблюдение процедуры увольнения. Также не требуется согласования с представительными органами. При этом на законодательном уровне закреплено преимущественное право на оставление на работе с учетом следующих критериев: семейные обязанности, стаж работы в организации, социальный статус (пенсионеры и инвалиды), квалификационные характеристики³³.

Кроме того, в обязанности работодателя входит необходимость предложения работникам переподготовки или перевода на вакантные места. Эти мероприятия предусматриваются для организаций (имеющих более 50 работников) в случае сокращения 10 и более человек за 30 дней³⁴. Законодательство закрепляет также правило, что в случае увольнения 10 и более работников за 30-дневный период, уволенные имеют преимущество при повторном поступлении на работу в течение года, если таковая необходимость у них будет³⁵. Несоблюдение преимущественного права о приеме на работу влечет компенсацию в размере двухмесячной средней заработной платы³⁶. Мы разделяем позицию французского ученого Ф. Касслера, что коллективные увольнения связаны с экономи-

²⁸ Resisting Marginalization: Unemployment Experience and Social Policy in the European Union / ed. by D. Gallie. New York, 2004. P. 17.

²⁹ Art. L 1233-21; 1233-3, 1233-8 Code du Travail [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050> (дата обращения: 01.10.2016)

³⁰ Art. L 1233-8 to L 1233-10; art. L 1233-28 to L 1233-33 Code du Travail.

³¹ Art. L 1233-19 LC; art. L 1233-46 Code du Travail.

³² Art. L 1233-8 to L 1233-10; art. L 1233-28 to L 1233-33 Code du Travail.

³³ Art. L 1233-5 Code du Travail.

³⁴ Art. L 1233-61 to L 1233-64 Code du Travail.

³⁵ Art. L 1235-45 Code du Travail.

³⁶ Ibid.

ческим трудностями работодателя, однако эти трудности должны являться обоснованными и иметь серьезный и ненадуманый характер³⁷.

Обратимся к регулированию данного вопроса в Италии. Критерии массовости увольнения закреплены в Законе о регулировании коллективного увольнения, трудовой мобильности, пособий по безработице, осуществления директив Европейского сообщества и трудоустройства (1991). Они состоят в следующем: за период 120 дней в организации с 15 и более работниками увольняются, как минимум, пять работников в одном подразделении или в нескольких подразделениях одного работодателя в одном районе.³⁸

До начала процедуры увольнения необходимы предварительные консультации с представительным органом работников, уведомление государственных органов и представителей работников³⁹. Одобрение государственного органа или представителей работников не требуется. В деле *Сниа Викоца против Грувер* кассационная инстанция подтвердила, что профсоюз не может переqualificировать коллективные увольнения в индивидуальные⁴⁰.

В итальянском законодательстве установлено преимущественное право трех категорий работников на оставление на работе (семейные обязанности, квалификационные характеристики, технические, организационные и связанные с производством причины)⁴¹, однако не определена первоочередность оставления на работе. Также коллективные договоры могут содержать другие основания для оставления на работе.

Итальянские ученые обращают внимание, что в последнее время в стране наметилась негативная тенденция, связанная с попытками пересмотра законодательства о коллективных увольнениях и системы защиты трудовых прав работников. Так, «начиная с 1990-х годов вектор изменился, и система защиты стабильности трудовых отношений была пересмотрена как неадекватная в новой экономической ситуации в Италии. Это стало причиной многочисленных попыток провести реформы, которые сильно противоречили общественному мнению, позиции профсоюзов и политиков. Лишь в последние годы все эти попытки стали принимать конкретную форму законодательных инициатив»⁴².

Для законодательства стран третьей модели (Финляндии, Германии, Испании) характерны следующие признаки.

1. Влияние Директивы Совета 98/59/ЕС о сближении законодательства государств-членов, касающихся коллективных увольнений.

2. Сочетание гибкости и жесткости в правовом регулировании коллективных увольнений, что аналогично законодательствам стран первой и второй группы.

³⁷ Kessler F. Dismissal to Business Reasons in France. P. 17 [Электронный ресурс]: // URL: https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2014-2/CLLD_DISMISSALS_DUE_TO_BUSINESS_REASONS.pdf (дата обращения: 01.10.2016)

³⁸ Art. 24, Act 223/1991 (con le modifiche apportate dal decreto legislativo n. 148/2015) [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.comune.bologna.it/media/files/2231991leggemobilitjobsact.pdf> (дата обращения: 01.10.2016)

³⁹ Art. 4, 24 Act No. 223 of 1991.

⁴⁰ International Labour Law Reports. Vol. 1. Amsterdam, 1978. P. 165.

⁴¹ Art. 5 (1), art. 24. Act No. 223 of 1991.

⁴² Ченерелли А. Увольнение работника в итальянском трудовом праве. Евразийский юридический журнал [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.eurasia-allnews.ru/nauchnye-stati/item/587-uvolnenie-rabotnika-v-italyanskom-trudovom-prave.html> (дата обращения: 19.09.2016)

Обратимся к рассмотрению правового регулирования коллективного увольнения в Финляндии. Помимо Закона о работе на основе трудового договора (2001), основным законом, закрепляющим правила коллективного увольнения в Финляндии, является Закон о сотрудничестве на предприятии N 334 (2007)⁴³.

По Закону о сотрудничестве внутри предприятия увольнение 10 работников за период 90 дней является массовым⁴⁴. В этом случае используется следующий порядок прекращения трудового договора. До процедуры увольнения проводятся консультации с представителями работников⁴⁵. Отметим, что одобрения государственных органов и профсоюза не требуется. Законодательно не фиксируются категории лиц, которые имеют преимущественное право на оставление на работе. Однако в Законе закреплено право уволенного работника на повторный найм на ту же работу в течение девяти месяцев после сокращения⁴⁶.

Проанализируем правовое регулирование коллективного увольнения в Германии. Этот вопрос решается на основании норм Закона о защите от необоснованного увольнения (1969) (*Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung*)⁴⁷. Увольнение в этой стране является коллективным, если в течение 30 дней расторгают договор с:

- более пяти работниками в организации от 21 до 59 человек;
- 10% или более 25 работниками в организации от 60 до 499 человек;
- хотя бы 30 работниками в организации с 500 и более человек⁴⁸.

Немецкие ученые М. Вайс и М. Шмидт считают это понятие очень узким⁴⁹, и мы согласны с их позицией, так как за рамками регулирования оказываются другие категории работников.

По немецкому законодательству обязательны консультации с представителями работников до прекращения трудового договора⁵⁰, о начале увольнений уведомляется профсоюз⁵¹ и государственные органы⁵². Согласования ни с государственным органом, ни с профсоюзом не требуется. Ранее (в 1920-х годах) у государственных органов было право не согласовывать массовое увольнение, если работодатель не доказал, что оно не может быть предотвращено путем введения неполного рабочего времени. Однако этот опыт приводил на фоне экономического кризиса к еще большему масштабу увольнений⁵³.

⁴³ Sedig R., Koivistoinen P., Viljakainen P. Finland / Redundancy Law in Europe. Ed. by M. van Kempen. Deventer, 2008. P. 65.

⁴⁴ Art. 47. Act on Cooperation within Undertakings No 334/2007 of 2007 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2007/en20070334.pdf> (дата обращения: 19.09.2016)

⁴⁵ Ibid. Sec. 45–51.

⁴⁶ Sec. 6, chap. 6. Employment Contract Act No. 55/2001 [Электронный ресурс]: // URL: http://www.expat-finland.com/pdf/employment_contracts_act.pdf (дата обращения: 19.09.2016)

⁴⁷ Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1317), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868).

⁴⁸ §17(1), Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S.1317), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868).

⁴⁹ Weiss M., Schmidt M. Labour Law and Industrial Relations in Germany. Deventer, 2008. P. 139.

⁵⁰ § 17(2) Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1317), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868).

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid. Sec. 17(1) Kündigungsschutzgesetz.

⁵³ Weiss M., Schmidt M. Op. cit. P. 139.

В немецком законодательстве закреплены категории работников, которые могут быть оставлены на работе. Это относится к работникам с большим стажем, пожилым, лицам с семейными обязанностями и с инвалидностью⁵⁴. Кроме того, возможно предложение другой вакансии увольняемому⁵⁵, или иные меры, о которых договорились работодатель и представители работников на предварительных консультациях⁵⁶. Если количество работников на предприятии более 20 человек, то их представители могут запросить план мер по смягчению социальных последствий коллективных увольнений.

Охарактеризуем правовой опыт Испании. Коллективным является увольнение, если по экономическим, организационным и производственным причинам за период 90 дней увольняется:

- 10 работников в организации с численностью работников менее 100;
- 10% работников в организации от 100 до 300 работников;
- 30 работников при количестве работников более 300⁵⁷.

Экономическими причинами являются экономические трудности, периодические потери, снижение дохода или продаж⁵⁸. Это снижение должно происходить на протяжении трех последовательных кварталов (в сравнении с таким же предыдущим периодом)⁵⁹.

Закон предусматривает консультации с представителями работников. Консультации должны длиться не более 30 дней, а если в организации менее 50 работников — 15 дней. Предметом консультаций являются причины коллективного увольнения, возможные меры, альтернативные увольнению, и меры, способствующие снижению последствий увольнения⁶⁰.

В Испании правовое регулирование коллективных увольнений осуществляется прежде всего на основании Статута трудящихся (1980). Этот нормативный правовой акт предусматривает ряд требований в сфере коллективных увольнений в Испании. Так, при коллективных увольнениях уведомление государственного органа и профсоюза обязательно⁶¹. Вместе с тем необходимость согласия профсоюза отсутствует⁶². При этом закреплено положение, что представители работников могут быть уволены в самую последнюю очередь⁶³. Для предотвращения негативного последствия предусмотрена возможность повторного найма, дополнительного образования, переподготовки⁶⁴.

Отметим и судебную практику по этому вопросу, в частности, решение Высшего суда Испании в деле *Таллерс Лопес Галлего* от 20 марта 2013 г., в котором закреплялось, что массовые увольнения требуют необходимого информирования и консультирования работников с целью выработки соответствующего ситуации социального плана⁶⁵.

⁵⁴ § 1(3) Kündigungsschutzgesetz.

⁵⁵ § 1(2)1 Kündigungsschutzgesetz.

⁵⁶ § 17(2) Kündigungsschutzgesetz.

⁵⁷ Art 51(1) Estatuto de los trabajadores //Boletín Oficial del Estado el 10 de marzo de 1980; Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

⁵⁸ Law 35/2010 amended art. 51(1). Estatuto de los trabajadores; Royal Decree Law 3/2012.

⁵⁹ Art. 51(1) Estatuto de los trabajadores [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/24/pdfs/BOE-A-2015-11430.pdf> (дата обращения: 12.09.2016)

⁶⁰ Art. 51 Estatuto de los trabajadores.

⁶¹ Art. 51(2) Estatuto de los trabajadores.

⁶² Royal Decree Law 3/2012.

⁶³ Art. 51(7) Estatuto de los trabajadores.

⁶⁴ Art. 51(2) Estatuto de los trabajadores; Royal Decree 1483/2012 of 29 October 2012.

⁶⁵ Benchmarking Working Europe. ETUI, 2014. P. 93.

Таким образом, анализ законодательства ряда зарубежных стран позволяет сделать вывод, что существуют три основные модели этого регулирования, и их основное значение состоит в обеспечении баланса интересов работников и работодателей.



Библиография

- Зивс С.Л. Труд, право, идеология. М.: Наука, 1982. 172 с.
- Киселев И.Я. Трудовой договор при капитализме: проблемы найма и увольнения. М.: Наука, 1989. 188 с.
- Пустовалова Т.А. Трудовое право Европейского Союза: теория и практика. М.: Проспект, 2015. 544 с.
- Ченерелли А. Увольнение работника в итальянском трудовом праве // Евразийский юридический журнал. 2015. Available at: <http://www.eurasia-allnews.ru/nauchnye-statii/item/587-uvolnenie-rabotnika-v-italyanskom-trudovom-prave.html> (дата обращения: 19.09.2016)
- Age Discrimination Law in Europe / ed. by N. Bokum, P. Bartelings. Amsterdam, 2009. 401 p.
- Gibson D. Employment Guide to Switzerland. Available at: <http://employment.law-ondemand.com/wp-content/uploads/2014/01/EU-Switzerland.pdf> (дата обращения: 19.09.2016)
- International Labour Law Reports. Vol. 1 / ed. by Z. Bar-Niv, P. Elmann. Amsterdam, 1978. 398 p.
- Kessler F. Dismissal due to the Business Reasons in France. Available at: URL: https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2014-2/CLLD_DISMISSALS_DUE_TO_BUSINESS_REASONS.pdf (дата обращения: 19.09.2016)
- Kohler T.C. Dismissal due to the Business Reasons in the United States of America // Comparative Labor Law Dossier Dismissals due to Business Reasons. IUS Labor. 2014. Issue 2. P. 95–99.
- Pecinovsky P. Dismissal due to the Business Reasons in Belgium. Available at: URL: https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2014-2/CLLD_DISMISSALS_DUE_TO_BUSINESS_REASONS.pdf (дата обращения: 19.09.2016)
- Reitz A. Labor and Employment Law in the New EU Member and Candidate States. N.Y., 2007. 402 p.
- Resisting Marginalization: Unemployment Experience and Social Policy in the European Union / by ed. D. Gallie. N.Y., 2004. 304 p.
- Sargent M., Lewis D. Employment Law. Harlow, 2008. 442 p.
- Sedig R., Koivistoinen P., Viljakainen P. Finland / Redundancy Law in Europe. Ed. by M. van Kempen. N.Y., 2008. 278 p.
- Weiss M., Schmidt M. Labour Law and Industrial Relations in Germany. Deventer, 2008. 271p.

Models of Legal Regulation of Collective Redundancies in Foreign States



Ekaterina Batusova

Senior Lecturer, Department of Labor Law and Law of Social Security, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: batusovs@gmail.com



Abstract

The author proposes three models of legal regulation of collective redundancies in foreign countries. They are characterized by both common and specific features. The common features are fixation of the criteria of collective redundancies; preliminary consultations with trade unions or other representatives of the employees; notification of the state body on the upcoming collective redundancies; a notification of the trade union collective redundancies; offer by the employer to the employee available for transfer and the opportunity to be retrained. In turn, the characteristics are determined by the volume of guarantees for employees in the sphere of collective redundancies. They range from the minimum to the maximum. The legislation of the countries of the first model is characterized by an emphasis on

the employer's interests in the sphere of legal regulation of collective redundancies. It is shown in the absence of statutory rights to the preferential right to stay at work and the right to re-employment. It substantially weakens the protection of dismissed employees. Legal acts of the countries of the second model are fixed peculiar to securing maximum guarantees in collective redundancies: the preferential right to stay at work for some categories of employees and the right to re-employment. The legislation of countries of the third model is on border of the two concepts — flexibility and rigidity in the legal regulation of collective redundancies. It establishes guarantee for employees and employers in the field of collective redundancies. The level of guarantees for employees in the third model in collective redundancies is higher than in the legal acts of the first model, but lower than in the second one. It could be concluded that the labour legislation on collective dismissals of foreign countries is always in dynamics and aims to achieve a balance of interests of employees, employers and the state.



Keywords

collective redundancies; employees; employers; labour rights; labour rights guarantee; labour legislation; trade unions.

Citation: Batusova E.A. (2017) Models of Legal Regulation of Collective Redundancies in Foreign States. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 132–143 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.132.143



References

Bar-Niv Z., Elmann P. (eds.) (1978) *International Labour Law Reports*. Vol. 1. Amsterdam: Sijhoff and Noordhof, 398 p.

Bokum N., Bartelings P. (eds.) (2009) *Age Discrimination Law in Europe*. Amsterdam: Kluwer Law International, 401 p.

Chenerelli A. (2015) Uvol'nenie rabotnika v ital'yanskom trudovom prave [Dismissing Employee under Italian Labour Law]. *EvrAziyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 11. Available at: <http://www.eurasia-allnews.ru/nauchnye-statii/item/587-uvolnenie-rabotnika-v-italyanskom-trudovom-prave.html> (accessed: 19.09.2016)

Gallie D. (ed.) (2004) *Resisting Marginalization: Unemployment Experience and Social Policy in the European Union*. N.Y.: Oxford University Press, 304 p.

Gibson D. Employment Guide to Switzerland. Available at: (accessed: 19.09. 2016)

Kiselev I.Ya. (1989) *Trudovoy dogovor pri kapitalizme: problemy naima i uvol'neniya* [Labour Agreement under Capitalism: Hiring and Dismissing]. Moscow: Nauka, 188 p. (in Russian)

Kessler F. (2014) Dismissal due to the Business Reasons in France. Available at: https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2014-2/CLLD_DISMISSALS_DUE_TO_BUSINESS_REASONS.pdf (accessed: 19.09.2016).

Kohler T. (2014) Dismissal due to the Business Reasons in the USA. Comparative Labor Law Dossier. *IUS Labor*, no 2, pp. 95–99.

Pecinovskiy P. (2014) Dismissal due to the Business Reasons in Belgium. Available at: https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2014-2/CLLD_DISMISSALS_DUE_TO_BUSINESS_REASONS.pdf (дата обращения: 19.09.2016)

Pustovalova T.A. (2015) *Trudovoe pravo Evropeyskogo Soyuza: teoriya i praktika* [EU Labour Law: Theory and Practice]. Moscow: Prospekt, 544 p. (in Russian)

Reitz A. (2007) *Labor and Employment Law in the New EU Member and Candidate States*. N.Y.: American Bar Association, 402 p.

Sargeant M., Lewis D. (2008) *Employment Law*. Harlow: Pearson, 442 p.

Sedig R., Koivistoinen P., Viljakainen P. (2008) *Finland. Redundancy Law in Europe*. M. van Kempen (ed.). N.Y.: Kluwer Law International, 278 p.

Weiss M., Schmidt M. (2008) *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. Amsterdam: Kluwer Law International, 271 p.

Zivs S.L. (1982) *Trud, pravo, ideologiya* [Labour, Law, Ideology]. Moscow: Nauka, 172 p. (in Russian)

Специфика доказывания и расследования легализации доходов, полученных преступным путем, в Словацкой Республике



Й. Стиеранка

профессор Полицейской академии Братиславы, доктор права. Адрес: 83517, Республика Словакия, Братислава, ул. Склабинская, 1. E-mail: jozef.stieranka@minv.sk



О.А. Бусарова

аспирантка факультета права Паневропейской высшей школы. Адрес: 82101, Республика Словакия, Братислава, ул. Томашиковская, 20. E-mail: obusarova311@gmail.com



Аннотация

Исследование основано на рассмотрении отдельных проблем доказывания и расследования легализации доходов, полученных преступным путем. Выводы являются результатами исследования «Разработка новых методик в области конфискации преступных доходов (наложения ареста на преступные доходы) и противодействие отмыванию «грязных» денег (VD 20072010819)» Полицейской академии Чешской республики. В работе рассматриваются криминалистическая характеристика легализации доходов, полученных преступным путем, особенности доказывания и расследования данной преступной деятельности. Прежде всего анализируются криминалистические признаки легализации доходов, полученных преступным путем, проблемы доказывания, особенности предмета расследования и типичные криминалистические следы данной преступной деятельности. К характерным криминалистическим чертам относятся: процессуальный характер совершения данного вида преступной деятельности, характер и вид доходов первичной (предикативной) преступности, способы легализации доходов, полученных преступным путем, личность преступника и мотив деяния. Процессуальный характер имеет традиционная схема процесса легализации доходов, полученных преступным путем, которая состоит из трех этапов: размещение, разделение и объединение (интеграция) доходов, полученных преступным путем, в легальном финансовом секторе. Основной акцент в криминалистической характеристике делается на подробном рассмотрении способов (методов) легализации, которые основываются на собранной до настоящего времени практической информации. При определении типичных следов данной преступной деятельности необходимо ориентироваться на три основные составляющие: характер первичного (предикативного) преступления, вид доходов и субъект, через которого осуществляется легализация. Исследуются особенности расследования легализации доходов, полученных преступным путем, к которым относятся сокрытие следов преступления и источника происхождения доходов, изменение их вида, контроль над процессом легализации. В качестве оснований начала уголовного расследования рассматриваются и описываются субъекты, которые могут выявить возможные операции по легализации доходов, полученных преступным путем, и информировать правоохранительные органы. Указываются типовые следственные ситуации и следственные версии, в том числе организация и планирование расследования.



Ключевые слова

легализация доходов, полученных преступным путем; преступные доходы; первичная преступность; следы легализации доходов; методы и способы легализации доходов, полученных преступным путем; следственные версии.

Библиографическое описание: Стиеранка Й., Бусарова О.А. Специфика доказывания и расследования легализации доходов, полученных преступным путем, в Словацкой Республике // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 144–165.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.144.165

1. Общая криминалистическая характеристика легализации доходов, полученных преступным путем (отмывание «грязных» денег)

Легализация доходов, полученных преступным путем (отмывание «грязных» денег) представляет собой переход доходов (денег, имущества), полученных преступным путем, в легальную сферу за счет использования легальной финансовой системы. Основные криминалистические признаки данной преступной деятельности:

- а) процессуальный характер преступной деятельности;
- б) характер источника доходов — первичная преступная деятельность;
- в) методы (способы) совершения преступления;
- г) личность преступника;
- д) мотив¹.

А) Процессуальный характер преступной деятельности

Легализация доходов, полученных преступным путем, — это процесс, состоящий из этапов. Принято «традиционное» разделение процесса на три этапа легализации доходов, полученных преступным путем.

На первом этапе происходит размещение доходов, полученных преступным путем, в кредитных и финансовых организациях либо других коммерческих организациях. Из них преступные доходы, как правило, фиктивно переводятся на другие счета путем коммерческих (финансовых) операций в рамках территории одной или нескольких стран. Для данных операций используются обычно лица, которые не фигурируют в полицейских документах, не имеют судимости, не проходят по какому-либо уголовному делу и не имеют преступного прошлого. Наиболее часто преступные доходы размещаются как легальные доходы от коммерческой деятельности на постоянной основе. Лица, вовлеченные в данную деятельность, обычно руководят или владеют фирмами, для которых типична работа с небольшим объемом наличности (рестораны, магазины, мойки машин, обмен валюты и т.п.). В таких организациях преступные доходы смешиваются с легальными доходами от коммерческой деятельности².

На втором этапе осуществляется сокрытие нелегального источника преступных доходов. Это фаза, в которой преступные доходы отделяются от их преступного источника. На данном этапе средствами могут быть как наличные, так и безналичные финансовые операции: переводы с банковских счетов, отправка денег с использованием почтовых услуг, покупка/продажа ценных бумаг, золота, имущества, произведений искусства, создание (открытие) организаций с фиктивными активами и финансовые

¹ Porada V., Straus J. a kol. Kriminológia (výzkum, pokroky, perspektívy). Plzeň, 2013. S.441.

² Stieranka J. Boj proti legalizácii príjmov z trestnej činnosti vo vybraných krajinách Európskej únie. Praha, 2009. S. 12.

операции между ними, покупка фишек или иных жетонов, имитирование выигрыша в казино или других азартных играх и т.п.

Разнообразие (вариативность) данного этапа не имеет границ. Это основной этап, на котором преобразуют преступные доходы («грязные» деньги), в легальные доходы и при этом закрывают следы, в том числе прерывают связи, позволяющие отследить путь доходов. В данной фазе осуществляется целая система отдельных, независимых на первый взгляд коммерческих и финансовых операций, цель которых — изменить форму доходов, полученных преступным путем. Преступные доходы, перемещенные в легальную международную финансовую сферу, различными операциями переводятся большим количеством физических лиц, фирм, институций в различных странах³.

На третьем этапе происходит возврат преступных доходов, как правило, в измененной форме, что приводит к завершению их легализации. Данный этап обеспечивает легальную форму имуществу, полученному в результате совершения преступления. После различных коммерческих и финансовых операций, которые скрывают источник доходов, капитал вводится в легальный сектор экономики так, чтобы возникло впечатление, что он получен путем законной предпринимательской деятельности. Если процесс легализации успешен, то финансовые средства или имущество могут использоваться в рамках третьего этапа легализации как легальные доходы при инвестициях, покупке недвижимости, ценных бумаг, золота и т.п. Они могут также возвращаться в страну происхождения в виде кредитов, инвестиций заграничных фирм.

На практике при легализации преступных доходов не всегда удается разделить процесс на этапы легализации. Очень часто происходит объединение нескольких этапов, например, размещение и разделение (вклад наличных средств на банковский счет и последующий перевод данного вклада, который является доходом от преступной деятельности, на основе фиктивной коммерческой операции, на счет другой организации в другом банке/стране и т.п.)⁴.

Б) Характер источника доходов — первичная преступная деятельность

Доходы, полученные преступным путем — это имущество, которое является результатом совершения преступления или в отношении которого имеются обоснованные подозрения, что оно может быть результатом преступной деятельности (ее части), участия в преступной деятельности, либо имущественные права, которые возникают из такой деятельности (ее части), участия в данной деятельности, совершенной на территории какого-либо государства.

Доходы, полученные преступным путем — это активы любого характера: имущество (транспортные средства, товар и т.п.), недвижимость (дома, квартиры, нежилые помещения, земельные участки и т.п.), денежные средства, ценные бумаги, проценты, дивиденды, долговые обязательства, имущественные и неимущественные авторские права, правовые документы, которые закрепляют отношение к определенному имуществу либо его части.

³ Ibidem.

⁴ Stieranka J., Čentěš J. Právne a inštitucionálne aspekty v boji proti legalizácii príjmov z trestnej činnosti ako integrálnej súčasť organizovanej kriminality. Bratislava, 2010. S. 23.

В) Методы (способы) легализации

Методы (способы) легализации доходов, полученных преступным путем, представляют собой алгоритм действий лица или организованной группы в целях создания представления о легальности происхождения имущества, которое было результатом преступной деятельности. Исчерпывающего перечня методов (способов) легализации преступных доходов, нет. Можно говорить лишь о наиболее распространенных, часто встречающихся методах (способах) легализации.

Фиктивное увеличение оборота фирм, которые работают с наличными денежными средствами.

Данный метод — один из старейших способов легализации доходов. Это и один из простейших способов, для которого необходимо, чтобы лицо или организованная группа владела, пользовалась или распоряжалась легальной фирмой в такой сфере, где большинство операций осуществляется в наличной форме (в сфере услуг это — кафе, гостиницы и продовольственные магазины, игровые автоматы, другие организации, оказывающие услуги). Хотя это очевидный способ, он не является простым с точки зрения выявления. Наоборот, он используется в такой преступной деятельности, где преступный доход имеет место обычно в наличной форме (например, продажа наркотиков на улице, проституция и т.п.). Потом такие средства смешиваются с легальными доходами организации.

Легализация начинается с вклада наличных средств, полученных преступным путем, на счет легальной организации, и декларируется как официальный доход от ее предпринимательской деятельности. Так происходит смешивание преступных доходов с легальными доходами организации. Общую сумму компания фиксирует как прибыль и платит с нее налоги. Таким образом доходы, полученные преступным путем, пройдя фазу размещения, становятся легальными, и могут перейти в следующую фазу — разделения. Смешивание преступных доходов с легальными средствами и дальнейшее фиксирование их как прибыли искусственно увеличивает обороты компании. Полученная прибыль имеет вид легальной, а компания — вид успешной компании, а поэтому часто не входит в «выборку» налоговых органов, так как исполняет свои обязательства по уплате налогов. После оплаты налогов доходы, полученные преступным путем, становятся де-факто легальными доходами.

При реализации данного способа первая фаза, когда средства вносятся (падают) на счет организации, является самой опасной, высоко рискованной. Если организованная группа не будет слишком увеличивать обороты (что подозрительно), то вероятно, что налоговые органы не обратят внимание на деятельность компании, и, соответственно, на данную форму легализации преступных доходов. Данный способ имеет и минусы — признать и декларировать можно только ограниченное количество доходов, полученных преступным путем, а также возникает необходимость уплаты налогов⁵.

Искусственное увеличение оборота или прибыли с помощью выставления фиктивных счетов-фактур

При использовании данного метода лицо или организованная группа владеет одной или несколькими легальными организациями, в которых создается «увеличенная» прибыль.

⁵ Stieranka J. Boj proti legalizácii ... S. 22.

Прибыль увеличивается следующим образом: компания поставяет товар, который имеет реально более низкую цену, чем оформляется по счету-фактуре, или покупные цены по документам ниже реальных. Разница в цене обычно платится в наличной форме неофициально (без оформления по бухгалтерии) из доходов, полученных преступным путем. Обязательное условие данного метода — тесная связь между организациями, которые между собой выставляют счета-фактуры. Обычно обе компании знают о незаконности операций. Данный метод чаще всего используется в коммерческой сфере, где трудно определить стоимость товара (антиквариат, предметы искусства, авторские права и т.п.). При модификации данного способа компания поставяет товар одной организации, а счет разбивает и выставляет двум компаниям, одна из которых платит поставщику доходами, полученными преступным путем, которые временно хранятся на ее счетах. Чтобы было трудно получить информацию о подобных операциях, чаще всего такая организация зарегистрирована в другом государстве, как и ее счета. При данном способе поставщик увеличивает прибыль, бухгалтерия у него в порядке, нет причин подозревать компанию в легализации доходов или использовании незаконных практик. Компания выглядит успешной, повышает свой статус и интерес со стороны бизнес-партнеров, в том числе и банковских институций. Риск данного метода заключается в возможности выявления его налоговыми органами при особом увеличении прибыльности компании⁶.

Метод обратного займа

При этом методе лицо или организованная группа одалживает средства, полученные преступным путем, таким образом, чтобы государственные органы не могли проверить деталей операции. Часто речь идет о займе, полученном из-за рубежа от физического лица, которое по разным причинам было обязано подписать договор о займе финансовых средств. Займ может быть получен и от юридического лица, зарегистрированного в офшорах. Руководитель компании, который уполномочен действовать от ее имени, является гражданином данного государства. Он одалживает финансовые средства члену организованной группы, являющемуся фактическим владельцем так называемой «бумажной компании», в которой временно размещены доходы, полученные преступным путем.

Займ (кредит) back-to-back

При данном типе кредита в схему добавляется финансовая организация, которая не знает, что ее используют в легализации доходов, полученных преступным путем. В то время как метод обратного займа можно организовать «самостоятельно», при back-to-back необходимо подключить банк или другую финансовую организацию, которая выделит кредит только если кредит будет обеспечен. Обеспечение кредита для членов организованной группы, которая легализует преступные доходы, осуществляется с помощью депозитного вклада в наличной форме другой организацией, которая на первый взгляд никак не связана с организацией, получающей займ/кредит, но фактически управляется организованной группой. Преимуществом данного метода является участие в легализации официальной финансовой организации, за счет чего операция выглядит добросовестной⁷.

Фиктивные выигрыши

Данный метод легализации доходов заключается в том, что лицо либо преступная группа отправляется в казино вместе с несколькими другими лицами из преступной

⁶ Ibid. S. 23.

⁷ Ibid. S. 24.

группы, покупает жетоны, которые оплачивает наличными, чеком или кредитными картами. При этом они, делая вид, что они незнакомы, играют за одним столом, делая низкие ставки. В то же время указанные лица не ведут активной игры и не делают ставок в большом объеме, чтобы сохранить максимальную сумму для легализации. Затем члены группы передают все жетоны одному из них; последний отправляется их обменивать в кассе на наличные или просит положить их ему на счет, делая вид, что выиграл. Большинство казино имеет возможность создания депозитного счета клиента, на который он может положить выигранные денежные средства (выигрыши), а далее может просить казино произвести с ними безналичные операции, за счет чего в короткие сроки происходит перемещение денежных средств. Вариант возможен в частном казино, где внешний контроль не сможет выявить фиктивности выигрыша. Таким способом легализуются средства, полученные преступным путем, но в коротком временном промежутке, потому что, если бы казино выяснило, что игрок выигрывает часто, то это могло бы вызвать высокий риск выявления. Некоторые казино при высоком выигрыше, как правило, проверяют его факт. Если лицо не сможет доказать выигрыш, казино откажет во вкладе на депозит и просит забрать сумму в наличной форме. С помощью технических и административных средств проверить фиктивность выигрыша можно и позднее. Одна из форм использования данного способа — это «покупка» выигрыша в лотереях и подобных играх у подлинного победителя, которому за услугу выделяется процент.

Международные денежные переводы

Данный метод легализации доходов основан на деятельности организации, которая осуществляет международные денежные переводы и предоставляет возможность перевода наличных в любой уголок мира. Преимущество данного способа — оперативность перемещения финансовых средств. В связи с тем, что контакт отправителя и организации, оказывающей такую услугу, временный (не такой, как в банке), возможно использование поддельных документов отправителя. Еще одно преимущество данного метода — отсутствие «следов перевода (счета)», т.е. возможности выяснить, куда были направлены средства, так как денежные средства и вкладываются, и выбираются в наличной форме. Недостатком является ограничение суммы перевода. В зависимости от компании и страны ограничения сумм отличаются. В большинстве стран запрещено отправлять сумму свыше 10 000 евро, что создает потребность в «белых» вкладчиках и курьерах. Данный способ может быть выявлен только длительным отслеживанием вкладов и переводов и выявлением принципов постоянства и периодичности между ними⁸.

Банковские чеки и векселя

Банковские чеки и векселя — средства, используемые в процессе легализации преступных доходов, как правило, на втором этапе, т.е. на этапе разделения преступных средств. Для легализации могут использоваться три типа банковских чеков. Первый — это именной чек. Выплатить такой чек можно только человеку, на которого он выставлен. Следующий тип — ордерный чек. Такой чек может переводиться получателем на третье лицо. Самым «любимым» вариантом легализации является чек на предъявителя. На таком чеке не указано имя получателя, что создает анонимность. Основная выгода данного метода — возможность приобретения чеков лицом, которое не является клиентом организации, а также отсутствие ограничений в объеме покупки чеков. Чеки можно приобретать и за наличный расчет. Организованные группы чаще используют чеки на предъявителя или ордерные, получателем которых может быть кто угодно. Дополни-

⁸ Stieranka J., Čentěš J. Právne a inštitucionálne aspekty... S. 25.

тельным плюсом является и то, что нет необходимости конвертировать средства, так как купленные на доллары чеки, могут быть оплачены в другом месте, например, в евро.

Недостаток данного метода — следы в банковской документации, с помощью которой можно определить, куда и кому были переведены средства с помощью, например, ордерных чеков. Чек остается в банке, через который получателю выплачиваются средства по нему. Еще одним недостатком является актуализация счетов. Актуализация — длительный процесс взаимодействия двух финансовых организаций, когда одна, в которую чек был предъявлен к выплате, просит вторую, где чек или чеки были приобретены, произвести итоговый расчет. Это могут быть как отделения одной организации, так и двух разных, например, двух банков. После расчета организация/банк переводит средства по чеку в банк, в котором чек был предъявлен. Из полученных средств банк выплачивает по чеку. Трансграничная актуализация занимает несколько дней, что для организованной группы, которая легализирует преступные средства, связано с опасностью замораживания средств.

Операции с недвижимостью

При данном способе легализация преступных доходов происходит с помощью покупки недвижимости. Недвижимость — одна из самых выгодных инвестиций, а инвестирование в недвижимость — очень распространенная операция заграничных компаний. Это связано в первую очередь со устойчивой прибыльностью секторального рынка. Немаловажный плюс данного метода — высокая цена, поэтому преступные доходы можно легализовать сразу в большом объеме, в том числе и повторно.

Данный метод легализации осуществляется несколькими способами. Первый способ — покупка недвижимости, основанная на обратном займе. Второй способ — сдать в аренду недвижимость самому себе через компании, находящиеся в «налоговом раю». Еще один вариант — приобретение вторичной недвижимости в аварийном состоянии, с последующим ремонтом из средств, полученных преступным путем. После этого происходит продажа данной недвижимости по высокой цене. Прибыль представляет собой легализованные средства. Самым сложным вариантом метода является транзакция с недвижимостью — «структура А-В-С-D». Смысл данного варианта заключается в наличии нескольких компаний, подконтрольными организованной преступности, между которыми происходит продажа одной недвижимости. Организация А покупает недвижимость методом возвратного займа и продает ее по увеличенной цене организации В. Организация В снова продает недвижимость по еще более высокой цене организации С. Обычно между операциями не проходит много времени. Организация С потом продает недвижимость организации D, при этом стоимость недвижимости уже далеко превышает рыночную. Прибыль представляет собой легализованные средства за счет продажи недвижимости, не говоря о том, что на начальном этапе, при покупке методом возвратного займа уже осуществляется частичная легализация денежных средств, полученных преступным путем. Собственники недвижимости в дальнейшем могут получать легальные доходы от аренды данного имущества⁹.

Махинации с украденными транспортными средствами или иным имуществом

Данный способ легализации используется в ситуациях, когда доходом преступления является имущество или транспортное средство. Самый типичный способ — перевозка транспортного средства с целью продажи его за границей по фальшивым государственным номерам или после перебития идентификационного номера, в том числе по поддельным документам на право его продажи или использования. Другим способом

⁹ Ibid. S. 26.

является регистрация украденного транспортного средства в органах полиции по документам и номерам другого транспортного средства и т.п.

Г) Личность субъекта преступления (преступника)

Лица, совершающие преступление по легализации преступных доходов, чаще всего не участвуют в совершении предикативных преступлений. Их задача — безопасно перевести преступные доходы в легальный сектор экономики, финансовую систему с помощью различных коммерческих и финансовых операций, скрыв их настоящий источник, придав им легальный характер, зная, что данные средства были получены в результате совершения преступления. Операции, с помощью которых лица легализуют доходы (имущество), полученные в результате предикативных преступлений, в большинстве своем хорошо скрыты и практически не отличаются от обычных финансовых и коммерческих операций. Здесь можно говорить о специальном субъекте преступления, так как обычно данные лица имеют профильное образование и специализируются в области права и экономики (коммерции и использования финансовых средств). Обычно это лица, которые не были замечены в связях с криминалом¹⁰.

Лица, совершающие предикативные преступления, и преступление легализации, используют в процессе легализации различных других лиц — «фасилитаторов». Подобные лица облегчают весь процесс легализации: преступные сообщества или их члены используют выгоды, которые им обеспечивают «фасилитаторы» и их компании. К выгодам относятся: использование дорогих автомобилей, яхт, недвижимости, которыми владеет «фасилитатор». Члены преступной организации используют дорогие автомобили и недвижимость, юридически не являясь их владельцами. «Фасилитаторы» облегчают преступным организациям легализацию преступных доходов, тем, что доходы не должны проходить различные этапы легализации при переводе их в легальный финансовый сектор. Выявить «фасилитатора» нетрудно, трудно доказать, что выгоды, которые он оказывает организованной преступности, являются частью механизма легализации.

Д) Мотив легализации

Основной мотив легализации — придание легальности доходам (имуществу), полученным в результате совершения предикативных преступлений, их использование как в коммерческих целях, так и в личных.

2. Типологические следы легализации доходов, полученных преступным путем

Типологические следы легализации доходов, полученных преступным путем, берут начало в типовой криминалистической характеристике и зависят от способов совершения, сокрытия преступной деятельности по легализации. На характер и вид таких следов оказывают влияние и другие важные факторы¹¹.

¹⁰ Porada V., Straus J. a kol. Kriminalistika.... S. 448.

¹¹ Porada V. a kol. Kriminalistika (technické, forenzní a kybernetické aspekty). Plzeň, 2016. S. 853.

Первый фактор представляет собой предикативное преступление, т.е. вопрос, результатом какого преступления являются доходы (имущество), подлежащие легализации. Было ли данное преступление совершено лицом или организованной группой, связанной с незаконным оборотом наркотиков, экономической или финансовой преступностью и т.п., можно ли данное преступление отнести к простой или сложной (профессионально организованной) преступной деятельности.

Вторым фактором является вид доходов (имущества), полученного преступным путем. Имущество (доходы), в зависимости от своего типа, будут легализоваться различными способами, в зависимости от того конкретная это вещь, наличные средства (деньги), недвижимость или какое-либо авторское право и т.д.

Третий фактор — субъект, которого используют в процессе легализации. Для легализации могут быть использованы физические лица, банки, страховые компании, инвестиционные компании, рынки ценных бумаг, обменники, казино, посреднические организации, курьерские компании, почтовые организации и т.п. Именно через данные субъекты необходимо искать следы легализации доходов, полученных преступным путем. Чаще всего для целей легализации используются банки, так как банк по роду своей деятельности относится к специальному коммерческому субъекту, который может быть использован на всех этапах процесса легализации.

Банки — это пространство, где можно манипулировать со счетами клиентов, которые чаще всего открыты на подставных лиц, либо лиц, не привлекавшихся к уголовной ответственности. На первом этапе легализации в банк можно поместить преступные доходы в наличной форме или произвести обмен мелкой бумажной наличности на крупные купюры, использовать возможность открытия ячеек и сейфов банка, а потом относительно легко переводить суммы с помощью различных трансакций в другие места. На втором этапе преступный источник происхождения денег может быть скрыт путем использования специфических операций банка. Можно быстро перевести суммы телеграфным способом в любую страну мира. На третьем этапе легализации банки могут осуществлять различные трансакции и операции с кредитами и займами, векселями, чеками и другими ценными бумагами, с аккредитивами для своих клиентов, которыми обеспечат интеграцию имущества, полученного преступным путем, в легальный сектор экономики. Использование банка для легализации связано и с банковской тайной. Страны, где банковская тайна имеет наивысшую форму защиты, обычно чаще используются при легализации, чем страны, где банковская тайна ограничена различными законными методами, в частности, действует обязанность информировать о подозрительных операциях.

К легализации преступных доходов относится и привлечение так называемых «нелегальных банков». В действительности нужно говорить не о банках, а об организациях, в которых не следуют критериям и требованиям, необходимым для банковской деятельности. Данные организации чаще всего заняты куплей-продажей ценных металлов и драгоценных камней, обменными операциями, туристическими услугами, за которыми скрываются нелегальные действия. К ним относятся, например, Stash house banking (США, Латинская Америка), Hawala banking (Ближний Восток, Южная Азия), Chiti banking, Hundi banking (Азия, Ближний Восток), Chop Shop banking (Китай, Азия). Эти неофициальные системы часто связаны с этническими группами из Ближнего Востока, Африки или Азии и обычно включают передачу ценностей, средств между странами за пределами официальной банковской системы. Обычно нет никакого физического перемещения, отсутствуют формальности, связанные с проверкой и учетом. Денежный

перевод происходит закодированной информацией, передаваемую через записки, курьеров, письма или факсы, сопровождаемые телефонными подтверждениями. Почти любой документ, который содержит идентификационный номер, может использоваться приемником, чтобы взять ценности в другой стране.

Системы получили названия в зависимости от страны происхождения: «hawala» (вексель, расписка, посылка), «hundi» (переводной вексель — один из первых кредитных инструментов в Индии), «chiti» (относящийся к пути). Операции в системе «хавала» осуществляются через специализированного брокера, операторы данной системы могут работать, например, при продовольственных магазинах. Оператор получает в стране А деньги от отправителя и дает указание (по телефону, факсу или электронной почте) контрагенту-оператору в стране Б выдать бенефициару деньги лицу, которое предъявит удостоверение и назовет код перевода. Система «хунди» представляет собой письменно распоряжение одного лица выдать сумму денег другому лицу. Дилеры «хунди» предлагают услуги по принципу денежных переводов. Эта система часто используется между мигрантами, которые таким образом посылают деньги домой. «Чит» возник в Китае в XIX в., когда работники не получали денежных средств, а их заработная плата хранилась на счете китайского компрадора. Работники для оплаты товаров выписывали читы, которые потом местные торговцы предъявляли для оплаты компрадору. «Чоп» действует подобно системе «хавала». Клиент приходит к брокеру, тот записывает принятые средства, передает информацию о получателе контрагенту-брокеру в стране получения, и оформляет «чоп» (лотерейный или железнодорожный билет), разрывает его надвое и отдает одну часть клиенту, а вторую отправляет контрагенту в стране получения. Для получения средств необходимо соединить две половинки. Иногда данные системы называют «теневым банковским сектором»¹².

Очень часто для легализации используются другие организации, которые зарегистрированы в офшорах (иногда используется термин «внетерриториальные» организации). Такие организации создаются для финансовых операций, которые не контролируются внутренними надзорными органами страны, откуда происходит капитал данной организации. Основной признак офшорной организации — это получение прибыли от предпринимательской деятельности на территории государства и отсутствие регистрации на территории данного государства. Помимо того, что коммерческая деятельность не осуществляется на территории государства, где организация зарегистрирована, происхождение ее исходного капитала также не имеет отношения к стране регистрации. Создание и открытие подобных внетерриториальных организаций производится дискретным способом. Этим занимаются местные субъекты, которые являются агентами и посредниками при регистрации компании. К информации о реальных владельцах (собственниках) обычно имеют доступ только центральные банки. Выявить владельца (собственника) невозможно и через официальный реестр организаций. В реестре указываются только местные агенты компании.

В мире имеется более 100 территорий (каждое государство и иногда и государственный орган составляют свои списки офшорных территорий, так, например, ФНС РФ включает в список также государства и территории, с которыми не налажен обмен налоговой информацией), где регистрируют офшорные компании. Данные организации можно разделить на несколько основных категорий, которые отличаются системами обязательных платежей. Большинство территорий «специализируется» на открытии офшорных компаний с определенным видом деятельности. Например, Бермуды, Мэн

¹² Chmelík J., Bruna E. Hospodářska a ekonomická trestní činnost. Praha, 2015. S. 452.

и Гернси «специализируются» на регистрации страховых компаний. В соответствии с статистическими исследованиями, на Бермудах имеют юридический адрес более 40% страховых компаний мира. Багамы и Мадейра известны регистрацией транспортных судов и яхт, а на Каймановых островах зарегистрированы более 570 банков.

Еще одним критерием классификации территорий, где регистрируются офшорные компании, является обязательность исполнения правил нахождения и деятельности организаций. Данный критерий позволяет выделить группу территорий, где нет обязанности внесения и оплаты уставного капитала, а также нет обязательной годовой отчетности. Обязанность вести бухгалтерию формальна, так как организации платят единый обязательный платеж, а не налоги в соответствии с финансовой отчетностью организации. При этом существует и группа территорий, где соблюдается обязанности годовой отчетности и ее аудиторской проверки. Некоторые страны имеют еще более жесткую систему правил, а именно, помимо годовой отчетности присутствует обязанность внесения (оплаты) уставного капитала и ежедневной бухгалтерской отчетности. В таких юрисдикциях обычно жесткие требования и к местным агентам организации, которые вовсе не являются формальной фигурой при регистрации компании.

Общим во всех офшорных территориях является их специальное законодательство, возлагающее на организации минимальное налоговое бремя, либо налоговая обязанность заменена на обязательные периодические платежи. Обычно правовая система данных территорий проста. Самое главное достоинство офшоров — это быстрые и анонимные транзакции с нелегально полученными средствами и имуществом.

Из самых подходящих субъектов легализации выделяются адвокаты, нотариусы и бухгалтеры. Данные профессии могут в процессе легализации играть важную роль, особенно когда защищают интересы организованных групп при коммерческих транзакциях, что позволяет создавать видимость надежности. При осуществлении легализации с помощью адвокатов, нотариусов или бухгалтеров дополнительной выгодой является обязанность неразглашения, которая закреплена в законе для данной категории субъектов и касается такой деятельности как представление лица в уголовном производстве, исполнения последней воли и т.п. На коммерческую деятельность обязанность неразглашения не распространяется. К коммерческой сфере деятельности относятся операции с денежными средствами.

Адвокаты, нотариусы, иногда и бухгалтеры открывают «клиентские счета», используемые для отделения доходов, полученных преступным путем, от личного или предпринимательского счета адвоката, нотариуса или бухгалтера. Счет может быть создан как так называемый «фонд третьих лиц», и в данном фонде адвокат, нотариус или бухгалтер является председателем. Это связано с возможным банкротством нотариальной или адвокатской конторы. В такой ситуации клиентские счета не могут быть предоставлены кредиторам для выплаты, они остаются нетронутыми и председатель может распоряжаться средствами на счетах в соответствии с требованиями организованной преступности. Большим преимуществом является анонимность данного вида деятельности. Адвокаты, нотариусы и бухгалтеры обычно ориентируются в налоговых системах и могут давать рекомендации организованным группам в области легализации преступных доходов. К недостаткам можно отнести право распоряжения счетами, так как финансовыми средствами (доходами, полученными преступным путем) диспонирует кто-то другой.

Конечно, существует масса других субъектов, используемых при легализации: лизинговые компании, биржи, лица, осуществляющие операции с ценными бумагами, страховые компании, агентства недвижимости, компании, организующие лотереи, ком-

пани, осуществляющие почтовые услуги и т.п. Типовые следы легализации доходов, полученных преступным путем, необходимо искать через субъектов (банки, обменники, страховые компании, инвестиционные организации, через лиц, осуществляющих операции с ценными бумагами, биржи, аудиторов, адвокатов, экзекуторов, компании, организующие лотереи и т.д.), которые привлекаются и используются для осуществления легализации с целью:

- перевода имущества, о котором лицо знает, что оно является доходом от преступной деятельности или результатом участия в ней, для сокрытия незаконного источника происхождения или помощи лицу, связанному с подобной деятельностью, для уклонения от уголовной ответственности;
- сокрытия источника, места, вида, способа происхождения, перемещения, права на имущества, о котором лицо знает, что данный вид имущества получен в результате преступной деятельности или от участия в ней;
- приобретения права владения, распоряжения имуществом, о котором лицо знает во время его приобретения, что данное имущество получено в результате преступной деятельности или участия в такой деятельности;
- участия (соучастия) в каком-либо из вышеописанных пунктов, связанных с ними, попытках или помощи в их реализации, подстрекательства или помощи в виде рекомендаций их осуществления¹³.

Итак, типичными следами преступления по легализации доходов, полученных преступным путем, являются:

- договоры купли-продажи, по которым переводилось имущество (транспортные средства и т.п., товар и т.п.), полученное в результате преступной деятельности;
- договоры купли-продажи, по которым переводилось недвижимое имущество (дома, квартиры, офисы и т.п.), полученные в результате преступной деятельности;
- договоры о переходе имущественных прав;
- договоры об аренде имущества и недвижимости;
- договор о займе (кредите);
- вклады денежных средств в банке;
- переводы денежных средств на основании распоряжений;
- отправка денежных средств через почтовые организации или курьерские компании;
- выставление счетов-фактур за услуги и товары;
- покупка и продажа чеков и векселей;
- покупка и продажа ценных бумаг (акций и облигаций и т.п.) у лиц, которые осуществляют операции с ценными бумагами;
- поддельные документы на украденные транспортные средства;
- поддельные идентификационные знаки на транспортных средствах (VIN; номер двигателя; кузова и т.п.).

3. Особенности расследования легализации доходов, полученных преступным путем

Особенности расследования связаны с мотивом и целью легализации преступных доходов, а именно — сокрытием происхождения имущества, полученного в результате преступления, и его «очищение» с помощью легального экономического сектора, и по-

¹³ *Viktoryová J. a kol. Vyšetřovanie. Bratislava, 2015. S. 49.*

следующее легальное использование доходов. Происходит преобразование преступных доходов в легальные имущественные средства, которые имеют видимость законно приобретенных доходов. В каждой ситуации речь идет о намерении легализовать преступные доходы (имущество)¹⁴.

Особенностями расследования и характерной чертой легализации являются преступная деятельность, которая связана с предикативными деяниями. Преступление легализации невозможно без предшествующего преступления, при совершении которого были получены доходы, причем субъекты преступления должны создать видимость их легального происхождения и соответствующие условия для размещения данных средств в легальном финансовом секторе. Ищут безопасные места, вербуют различные организации и лица либо принуждают их к сотрудничеству насильем. Манипуляции с денежными средствами и их размещение в финансовом секторе могут быть легко выявлены, поэтому их необходимо поменять на другие активы, которые проще разместить в легальной финансовой системе. Все операции, связанные с легализацией доходов, должны проводиться так, чтобы они не отличались от обычных коммерческих операций, в связи с чем снижается риск их выявления. Основные отличительные признаки легализации¹⁵:

- **Соккрытие реального источника происхождения доходов.** Легализация доходов, полученных преступным путем, не имела бы смысла, если бы каждый знал об источнике их происхождения, собственниках и т.п.

- **Изменение вида и формы доходов, полученных преступным путем.** Для более простой манипуляции с доходами или для более удобного способа их перемещения и размещения в легальном секторе экономики, денежные средства в мелких купюрах обменивают на крупные купюры. Также возможен обмен на ценные бумаги, векселя, различные акции или создание фиктивного денежного требования, обязательства. Задача данного действия — облегчить манипуляцию с доходами, полученными преступным путем.

- **Соккрытие следов.** Легализация не была бы нужна, если бы было можно отследить движение преступных доходов с самого начала до конца. Поэтому субъекты преступления осуществляют большое количество коммерческих и финансовых операций, переводят средства на различные счета в разных странах. Задачей данных операций является соккрытие следов, в том числе усложнение поиска их источника происхождения.

- **Контролирование процесса легализации доходов, полученных преступным путем.** В интересах субъектов предикативных преступлений необходимо, чтобы процесс легализации был под контролем, так как при изменении вида и формы, а также при соккрытии улики преступные средства, проходят через большое количество лиц, которые чаще всего знают или подозревают, что имущество получено в результате преступной деятельности, и намерены получить их часть. Реальный собственник понимает, что вернуть подобные средства легальным способом невозможно.

4. Перечень оснований для начала расследования

В случае с предикативной преступной деятельностью основанием расследования легализации становится выявление в ходе расследования предикативного преступления фактов, что лицо или лица скрывают источник происхождения имущества и т.п. В таком

¹⁴ Porada V., Straus J. a kol. Kriminalistika . S. 456.

¹⁵ Porada V. a kol. Kriminalistika (technické, forenzní a kybernetické aspekty). Plzeň, 2016. S. 857.

случае начинается расследование легализации доходов, полученных преступным путем, совместно с расследованием уголовного преступления, в результате которого было получено имущество. В случае с латентной предикативной преступностью основания для расследования легализации преступных доходов следствие получает при помощи:

- заявлений граждан, которые сообщают о факте или о подозрениях о совершении или подготовке совершения преступления по легализации доходов, полученных преступным путем;
- информации из государственных органов (контрольных, налоговых, таможенных, финансовых), юридических лиц, надзорных органов, которые при осуществлении своей деятельности выявили факты совершения или подготовки совершения преступления легализации преступных доходов;
- информации в виде результатов полицейских оперативно-розыскных мероприятий, которыми выявляются признаки состава преступления легализации. Важным источником информации о преступлениях в стадии подготовки или совершения латентным способом являются методы и возможности оперативно-розыскной деятельности, выявляющие сведения, на основании которой можно определить механизм совершения преступления, лиц, с ним связанных, обеспечить фиксирование и изъятие технической, бухгалтерской и другой документации для проверки первичной информации;
- информации из транспортной полиции, министерства внутренних дел, пограничной полиции и др., которые в процессе работы выявляют признаки состава преступления;
- информации из специального финансового органа, который выявляет признаки состава преступления в проверенных подозрительных операциях, получив необходимые сведения от субъектов¹⁶, обязанных в соответствии с законом предоставлять информацию о подозрительных операциях¹⁷.

5. Типичные ситуации расследования

На практике встречаются две основные следственные ситуации. *Первая следственная ситуация* легализации доходов, полученных преступным путем, встречается, когда доход был получен в результате совершения преступления в прошлом (чаще всего в других государствах), и для следователя в начале расследования предикативное преступление является латентным. В данной ситуации следователь отталкивается от фактов, сообщенных субъектами, которые фактически идентифицируют доход, в отношении которого имеются подозрения, что он получен в результате преступной деятельности, или идентифицируют действие, целью которого является сокрытие незаконного происхождения имущества. После получения первичной информации от заявителей, которым стало известно о совершении или подготовке преступления легализации, следователь допрашивает заявителя. Задачей допроса является владение как можно большей информацией, на основании которой можно построить расследование. Обычно вопросы нацелены на получение информации, которая составляет криминалистическую характеристику состава преступления и содержит сведения о:

- предикативной преступной деятельности, если заявитель владеет информацией о ней;

¹⁶ Zákon č. 297/2008 Z. z. o ochrane pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti a ochrane pred financovaním terorizmu a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, § 5.

¹⁷ Zákon č. 297/2008 Z. z. o ochrane pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti a ochrane pred financovaním terorizmu a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov

- характере доходов; полученных преступным путем;
- методе (способе) совершения преступления легализации;
- личности субъекта преступления;
- мотиве;
- способе сокрытия;
- способе получения (приобретения) доходов (имущества), полученных преступным путем;
- способе конвертации.

После допроса заявителя следователь, если это необходимо, осуществляет первые следственные действия неотложного характера, меры по изъятию или аресту доходов, полученных преступным путем или различные другие действия, например:

- изъятие (арест) денежных средств на счетах, ценных бумаг, доходов или вещей, полученных преступным путем, в том числе вещей, связанных с уголовным процессом;
- задержание (изъятие) посылки, замена содержания посылки;
- требование выдать вещь;
- обыск, осмотр места преступления и вещи;
- розыск преступников (подозреваемых);
- розыск вещей, полученных преступным путем;
- задержание, арест лиц, подозреваемых в совершении преступления, проведение личного досмотра;
- запрос на предъявление документов о счетах или других документах из банка, на предоставление договора или других документов и др. в соответствии с действующим законодательством¹⁸.

Вторая следственная ситуация — событие, при котором следователь ведет дело по расследованию конкретного предикативного преступления, в процессе которого выясняется, что преступник или преступники получили за счет совершения преступления имущество и пробуют ввести его в легальный финансовый сектор с целью сокрытия источника его происхождения. Особенностью и отличительной чертой данной ситуации является то, что следователь расследует предикативное преступление совместно с преступлением легализации. При данной следственной ситуации нет необходимости допрашивать заявителя. Следователь в первую очередь применяет необходимые меры для замораживания доходов, полученных преступным путем, в виде задержания, изъятия, ареста или других следственных действий (как и при латентной предикативной форме преступности).

6. Виды следственных версий, их особенности, планирование и организация расследования

Виды следственных версий легализации преступных доходов, вытекают из типичных следственных ситуаций, т.е. зависят от того, расследуется ли преступление легализации совместно с предикативным преступлением или отдельно. При разработке следственных версий легализации необходимо исходить из всего объема информации, полученной от заявителя в результате следственных действий, имеющих отношение к делу, либо полученных в результате расследования предикативного преступления. При создании следственных версий необходимо использовать информацию и материалы, полученные из протоколов налоговых, таможенных, надзорных и др. контрольных органов, полученные в рамках оперативно-розыскных мероприятий, в частности, с ис-

¹⁸ Zákon č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok; Zákon č. 171/1993 Z. z. Zákon o Policajnom zbore

пользованием специальных средств оперативно-розыскной деятельности¹⁹ и информационно-технических средств²⁰, либо материалы и информацию, полученные путем международного сотрудничества (Интерпол, Европол и др.). Следственные версии создаются без ориентации на подтверждение или опровержение фактов совершения преступления легализации преступных доходов, а также на обстоятельства, говорящие в пользу преступника. При разработке следственных версий в зависимости от объема и релевантности информации и материалов, которыми располагает следователь, он может создавать версии как по целому составу преступления легализации, так и по каждому признаку состава самостоятельно.

Следственные версии обычно рассматривают:

- источник дохода, который был получен в результате преступления;
- личность преступника — субъекта преступления;
- способ совершения преступления;
- способ сокрытия происхождения доходов;
- способ перевода средств (кто получатель, куда осуществляется перевод);
- место сокрытия или хранения имущества;
- размер легализованных доходов, полученных в результате преступной деятельности;
- инструменты, использованные или подготовленные для совершения преступления;
- мотив и цели преступника²¹.

После разработки следственных версий следователь создает план расследования. Планирование следствия необходимо для грамотной организации работы следователя, который включает в план расследования все разработанные версии, а также план отдельных следственных действий уголовного производства, которыми будут проверяться версии. В план обычно включаются и тактические шаги (очная ставка, допрос). Обычно следственный план составляется с указанием исполнителей, сроками и ответственностью за исполнение. План расследования не является догмой, он постоянно меняется, проверяется, дополняется мерами, на основании которых могут быть получены новые факты, материалы и информация, добавлены новые версии. При применении методик необходимо соблюдать принципы приложения методических рекомендаций к обстоятельствам преступления, в том числе к следственным ситуациям.

7. Особенности последующего этапа расследования

Исходя из практики расследования преступления легализации преступных доходов, выделим действия на данном этапе: допрос обвиняемого, допрос свидетеля — пострадавшего, очная ставка, экспертизы²².

Допрос обвиняемого

Особенности допроса обвиняемого в легализации преступных доходов связаны с тактикой допроса и его предметом. Тактика требует правильно выбрать время допроса

¹⁹ Zákon č. 171/1993 o Policajnom zbore v znení neskorších predpisov, § 39.

²⁰ Zákon č. 166/2003 o ochrane súkromia pred neoprávneným použitím informačno-technických prostriedkov a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o ochrane pred odpočúvaním) v znení neskorších predpisov.

²¹ *Viktoryová a kol. Vyšetovanie trestných činov. II chast. Bratislava, 2008. S. 54.*

²² *Porada V. a kol. Kriminalistika ... S. 859.*

и его стадии. С точки зрения предмета расследования для следствия важны все обстоятельства деяния, а именно:

- обстоятельства перед совершением преступления;
- обстоятельства, связанные с совершением преступления;
- обстоятельства после совершения преступления легализации.

Допрос обвиняемого и вопросы об обстоятельствах перед совершением преступления в первую очередь связаны со способами подготовки, мотивами и целями субъекта преступления. Данные обстоятельства и факты очень важны для процесса доказывания, так как мотивом и целью легализации является не сам перевод средств, полученных преступным путем, а попытка скрыть с помощью перевода источник происхождения имущества. Мотив и цель — это объективное действие преступника, которым он пытается скрыть источник происхождения имущества переводом, займом, перевозкой, перемещением, арендой и т.п.

Допрос обвиняемого в части обстоятельств, связанных с непосредственным совершением преступления, направлен на выяснение места и времени его совершения, метода совершения, способа перевода доходов в легальный финансовый сектор. Вопросы необходимо направлять на выяснение алгоритмов перевода имущества, в том числе и способов его сокрытия. С помощью допроса обвиняемого необходимо также выяснить вид имущества, полученного в результате совершения предикативного преступления и его объем. Важно выяснить на допросе, имел ли преступник соучастников. Допрос обвиняемого и вопросы зависят от того, каким способом преступник легализовал доходы, полученные преступным путем²³.

Допрос обвиняемого в части обстоятельств совершения преступления направлен на выяснение фактов о способах использования доходов, полученных преступным путем, но еще больше он направлен на получение информации об их источнике при осуществлении преступной деятельности²⁴.

Допрос свидетеля

При расследовании легализации доходов, полученных преступным путем, в роли свидетелей могут быть многие лица, так как преступники для маскировки и сокрытия источника происхождения имущества используют большое количество институций, физических и юридических лиц, коммерческих и финансовых операций, которые практически не отличаются от обычных. Свидетелями обычно выступают сотрудники банков, страховых компаний, бирж; лица, работающие в сфере ценных бумаг; в компаниях, организующих лотереи; сотрудники компаний, оказывающих почтовые и курьерские услуги; экзекуторы, бухгалтеры, экономисты, консультанты, аудиторы и другие сотрудники кредитных и финансовых организаций, которые использовались в процессе легализации и при осуществлении своей деятельности сталкивались с действиями преступников при легализации. Следующей группой свидетелей являются лица и сотрудники контрольно-надзорных и финансовых органов, полиции и других правоохранительных структур. В качестве свидетелей могут быть допрошены сотрудники компаний, которые были коммерческими партнерами преступников, выделяли им займы и т.п. Самостоятельной группой являются родственники и близкие преступников, их сотрудники, под-

²³ Ibid. S. 860.

²⁴ Ibidem.

чиненные в компании, который владеет преступник, лица-соучастники преступления в различных формах и видах (при совершении преступления, для облегчения совершения преступления), в том числе «фасилиаторы».

В связи с невозможностью создать закрытый перечень вопросов к свидетелям из-за уникальности каждого преступления, его специфической формы и вида, при допросе свидетеля необходимо выяснить все обстоятельства, которые бы объясняли способ, место и время совершения преступления, характер, вид и размер доходов, полученных преступным путем, способы сокрытия источника происхождения доходов, полученных преступным путем (переводы, продажи, аренда, займы и т.п.)

Очная ставка

Если при расследовании легализации преступных доходов в протоколах допросов обвиняемого (обвиняемых) и других свидетелей (пострадавших) появятся важные противоречия, которые невозможно выяснить другими следственными действиями, то следователь использует метод очной ставки. При очной ставке используются основные криминалистические тактические принципы, прежде всего взаимное психическое воздействие на лиц за счет прямого зрительного контакта и физического присутствия. Как и при других процессуальных действиях, следователь должен подготовиться к очной ставке и составить план, в котором нужно определить цель, вопросы и криминалистическую тактику постановки вопросов, их последовательность.

Экспертизы

В зависимости от характера и вида доходов, полученных преступным путем, и способов их изменения, а также способа перевода и сокрытия источника происхождения имущества, целесообразно использовать привлечение экспертов из различных областей. Чаще всего используют следующие экспертизы:

- в области экономики для оценки доходов, полученных преступным путем;
- в области строительства для оценки недвижимого имущества;
- в области дорожного транспорта для оценки транспортных средств, в том числе самолетов, яхт, кораблей и т.п.;
- почерковедческие экспертизы для проверки подписей, дат, отпечатков печатей на различных договорах, документах;
- технические экспертизы документов (например, документов о регистрации транспортного средства);
- металлографические экспертизы номера мотора, кузова и т.п.;
- химические экспертизы краски кузова²⁵.

8. Особенности привлечения общественности при расследовании и криминалистическая превенция

Особое место в борьбе с легализацией доходов, полученных преступным путем, занимает криминалистическая превенция. Она является одной из самых важных частей

²⁵ *Viktoryová J. a kol. Vyšetřovanie trestných činov. II časť... S. 52.*

борьбы с этой формой преступности. В системе предупреждения в основном участвуют субъекты, через которые осуществляется легализация преступных доходов, так называемые «обязанные лица». Данные субъекты участвуют в системе предупреждения преступности при выявлении легализации доходов, полученных преступным путем. Система направлена на разработку и внедрение мер, с помощью которых обеспечивается выявление возможных действий легализации доходов, полученных преступным путем, а именно, оценку и проверку различных коммерческих операций в легальных финансовой и коммерческой системах. Необходимо в самом начале расследования выявлять потенциал совершения данного преступления. Для этого требуется придерживаться концепции — «необходимо знать клиента». Концепция, направленная на своевременное получение знаний о клиенте, его коммерческой активности и т.п., является незаменимой мерой при выявлении подозрительных операций.

В системе предупреждения в рамках действий по выявлению легализации преступных доходов и финансирования терроризма обязательные лица имеют «кодекс», который устанавливается законами²⁶, а именно:

1. Проверять идентификацию клиента.
2. Выяснять, является ли клиент публичной фигурой.
3. Определить объем контроля относительно клиента в зависимости от уровня риска легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма.
4. Оценивать и проверять коммерческие операции и выявлять подозрительные операции.
5. Отказывать в обслуживании или подписании договора о коммерческом сотрудничестве.
6. Задерживать подозрительные операции.
7. Информировать о подозрительных операциях.
8. Соблюдать обязанность о неразглашении информации.
9. Обрабатывать и сохранять данные.
10. Разработать в письменной форме программу внутреннего контроля, направленную на борьбу с легализацией преступных доходов и финансированием терроризма.
11. Активно взаимодействовать со специальным финансовым органом²⁷.

Выводы

Легализация преступных доходов имеет отличительные особенности при доказывании, основанные в первую очередь на специфической криминалистической характеристике. Важными факторами повышения эффективности расследований являются координация и взаимодействие органов, расследующих предикативные преступления и преступления легализации. Серьезную роль играет вовлечение общественности в процесс расследования, например, информирование о подозрительных источниках происхождения имущества. Как показывает практика, необходимо на регулярной основе проводить эмпирические исследования с участием правоохранительных органов, фи-

²⁶ Zákon č. 297/2008 Z. z. o ochrane pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti a ochrane pred financovaním terorizmu a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

²⁷ Stieranka J. Inštitucionálne aspekty ochrany pred legalizáciou príjmov z trestnej činnosti v Slovenskej / Ochrana pred praním špinavých peňazí v kontexte novej právnej úpravy v Európskej únii : nekonferenčný zborník vedeckých prác. Bratislava, 2015. S. 178.

нансового сектора, чтобы оперативно реагировать на меняющиеся формы легализации и обстоятельства, им способствующие.



Библиография

Bačíková I., Meteňko J., Samek M. Kriminalistické náhľady na rekodifikované Trestné právo / Teoretické a aplikasčné problémy nekodifikovaného trestného práva. Zborník príspevkov z celoštátneho seminára s medzinárodnou účasťou konaného dňa. 27 novembra 2006. J. Záhora, ed. Bratislava: Akadémia PZ, 2007. 158 s.

Chmelík J., Bruna E. Hospodárska a ekonomická trestní činnosť. Praha: Vysoká škola finanční a správní, 2015. 204 s.

Dworzecki J. Selected Aspects of Internal Security. New York: Global Writer Press, 2015. 307 p.

Ivor J. Trestné právo, kriminalistika, bezpečnostné vedy a forenzná disciplína a kontexte kontroly criminality. Plzeň: Aleš Čenek, 2013. 905 s.

Kubíková I., Metenko J. Kriminalistické verzie podmienky tvorby / Stach J., ed. Sborník príspevku z medzinárodnej konferencie „Kriminalistika a forenzná disciplína“. Praha, 2005. 396 s.

Marková V. Legalizácia príjmu z trestnej činnosti — genéza vývoja a aktuálny právny stav v zmysle trestnoprávných kódexov / Ochrana pred praním špinavých peňazí v kontexte novej právnej úpravy v Európskej únii : nekonferenčný zborník vedeckých prác. Bratislava: Friedrich Ebert Stiftung, 2015. 221 s.

Metenko J. Základné komponenty teórie operatívnych a spravodajských činností z hľadiska systémovosti / Meteňko J., Bačíková I., Samek M. Kriminalistická stopa. Zborník. Bratislava: Katedra kriminalistiky a forenzných disciplín, 2006. 256 s.

Oravcová L. Návrh štvrtej smernice Európskeho parlamentu a Rady v oblasti prania špinavých peňazí a financovania terorizmu / Policajná teória a prax. 2014. Roč. 22, č. 2. 241 s.

Porada V., Straus J. a kol. Kriminalistika (výzkum, pokroky, perspektívy). Plzeň: Aleš Čenek, 2013. 699 s.

Porada V. a kol. Kriminalistika (technické, forenzná a kybernetické aspekty). Plzeň: Aleš Čenek, 2016. 1018 s.

Straková D. Legalizácia príjmov z trestnej činnosti a peňažný trh / Ochrana pred praním špinavých peňazí v kontexte novej právnej úpravy v Európskej únii: nekonferenčný zborník vedeckých prác. Bratislava: Friedrich Ebert Stiftung, 2015. 221 s.

Viktoryová J. a kol. Vyšetrovanie trestných činov. II. časť. Bratislava: Akadémia, 2008, 381 s.

Viktoryová J. a kol. Vyšetrovanie 3. prepracované a doplnené vydanie. Bratislava: Akadémia, 2015. 452 s.

Viktoryová J. a kol. Teória dokazovania: logika v dokazovaní. Bratislava: Akadémia, 2015. 216 s.

Vondráčková A. Boj proti praní peňazí v EU. Praha: Univerzita Karlova, 2016. 94 s.

Characteristics of Evidencing and Investigating Money-Laundering in Slovak Republic



Joseph Stieranka

Professor, Bratislava Academy of Police Corps, PhD. Address: Sklabinská 1, Bratislava, 83517, Slovakia. E-mail: jozef.stieranka@minv.sk.



Olga Busarova

Postgraduate Student, Pan-European University Branch, Bratislava. Address: 20 Tomasikova, Bratislava, SK-821 01, Slovakia. E-mail: obusarova311@gmail.com



Abstract

The study aims at selected problems and specifics appearing in the field of revealing and presenting evidence regarding, and conducting investigation of, the crime of money-laundering. The knowledge provided in the study is based on the conclusions which were received at academic research project "The Development of New Methods Implemented in the Area of Seizing the Proceeds of Crime and Combating Money-Laundering" (VD 20072010819) run at the Police Academy of the Czech Republic. The presented study deals, in a shortened form, with forensic characteristics of money-laundering and specifics of the process of evidencing and investigating the criminal activity. It focuses especially on the forensic features of money-laundering, situations arising in the course of evidencing, specialties of the object of investigation, and typical forensic traces of the criminal activity. The characteristic features of money-laundering are character and form of profits from predicative crime, methods of money-laundering, subject of crime and motive. The process of money-laundering have three stages for transferring them to legal sector, there are: investment, separation and integration of profits from criminal activities. The main accent is given on detailed consideration of methods of money-laundering which are based on the practical information collected so far. For classification traces of money-laundering is necessary oriented on the three basic components: character of predicative crime, form of criminal profits and subject, through are legalized. In article in a short form are described the features of investigation of money-laundering, the acts as concealment of traces, concealment of a source of an origin of the income, change of their type, legalization process control. To basics for initiation of legal proceedings belongs information from the special persons, who know or must know about operations of money-laundering due to professional duties, and must to report about that to law enforcement agencies. There are described the standard investigative situations, investigative versions, including the organization and planning of investigation.



Keywords

money-laundering, obligors, proceeds of crime, source crime, traces of money-laundering, methods of money-laundering, investigation versions.

Citation: Stieranka J., Busarova O. (2017) Characteristics of Evidencing and Investigating Money-Laundering in the Slovak Republic. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 144–165 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.144.165



References

- Bačiková I., Meteňko J., Samek M. (2007) Kriminalistické náhľady na rekodifikované Trestné právo. *Teoretické a aplikasčné problémy nekodifikovaného trestného práva. Zborník príspevkov z celoštátneho seminára s medzinárodnou účasťou konaného dňa 27. novembra 2006*. J. Záhora, ed. Bratislava: Akadémia, 158 p.
- Chmelík J., Bruna E. (2015) *Hospodárska a ekonomická trestní činnosť*. Praha: Vysoká škola finanční a správní, 204 p.
- Dworzecki J. (2015) *Selected Aspects of Internal Security*. N.Y.: Global Writer Press, 307 p.
- Ivor J. (2013) *Trestné právo, kriminalistika, bezpečnostné vedy a forenzní disciplíny a kontexte kontroly criminality*. Plzeň: Aleš Čenek, 905 p.
- Kubíková I., Metenko J. (2005) Kriminalistické verzie podmienky tvorby. Stach J., ed. *Sborník příspěvku z mezinárodní konference „Kriminalistika a forenzní disciplíny“*. Praha, 396 p.
- Marková V. (2015) Legalizácia príjmu z trestnej činnosti — genéza vývoja a aktuálny právny stav v zmysle trestnoprávných kódexov. *Ochrana pred praním špinavých peňazí v kontexte novej právnej úpravy v Európskej únii : nekonferenčný zborník vedeckých prác*. Bratislava: Friedrich Ebert Stiftung, 221 p.
- Metenko J. Základné (2006) komponenty teórie operatívnych a spravodajských činností z hľadiska systémovosti. Meteňko J., Bačiková I., Samek M. *Kriminalistická stopa. Zborník z medzinárodného vedecko-teoretického seminára konaného dňa 25*. Bratislava: University, 256 p.
- Oravcová L. (2014) Návrh štvrtej smernice Európskeho parlamentu a Rady v oblasti prania špinavých peňazí a financovania terorizmu. *Policijná teória a prax*. Roč. 22, č. 2. 241 p.

- Porada V., Straus J. a kol. (2013) *Kriminalistika (výzkum, pokroky, perspektivy)*. Plzeň: Aleš Čenek, 699 p.
- Porada V. a kol. (2016) *Kriminalistika (technické, forenzní a kybernetické aspekty)*. Plzeň: Aleš Čenek, 1018 p.
- Straková D. (2015) Legalizácia príjmov z trestnej činnosti a peňažný trh. *Ochrana pred praním špinavých peňazí v kontexte novej právnej úpravy v Európskej únii: nekonferenčný zborník vedeckých prác*. Bratislava: Friedrich Ebert Stiftung, 221 p.
- Viktoryová J. a kol. (2008) *Vyšetrovanie trestných činov*. Bratislava: Akadémia, 381 p.
- Viktoryová J. a kol. (2015) *Vyšetrovanie*. Bratislava: Akadémia, 452 p.
- Viktoryová J. a kol. (2015) *Teória dokazovania — logika v dokazovaní*. Bratislava: Akademia, 216 p.
- Vondráčková A. (2016) *Boj proti praní peňaz v EU*. Praha: Univerzita Karlova Press, 94 p.

Основы конституционного статуса Монсеррата как заморской территории Великобритании



И.В. Ирхин

доцент кафедры теории и истории государства и права Кубанского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 350088, Российская Федерация, Ростов-на-Дону, ул. Максима Горького, 88. E-mail: dissertacia@yandex.ru



Аннотация

В статье указывается, что партнерство как форма взаимоотношений Великобритании и заморских территорий имеет вариативный и номинальный характер. Политико-территориальные отношения между Великобританией и рассматриваемой заморской территорией предлагается квалифицировать как унитарные с элементами федерализма. Проанализированы положения Конституции Монсеррата (2010) в части регламентации статуса Губернатора, Кабинета, Легислатуры. Подчеркивается, что особое место в конституционной системе органов власти Монсеррата занимает представитель британской короны наделенный набором полномочий, позволяющих при соблюдении установленных Конституцией условий принимать ключевые решения в сфере внутренней политики (созыв Кабинета, его отставка, роспуск Законодательной ассамблеи, правотворческие функции и др.). При этом предусмотрены механизмы предупреждения концентрации полномочий Губернатора. Так, значительная роль в формировании и реализации конституционного курса отведена Премьер-министру и Законодательной ассамблее, рекомендации которых в обычных условиях подлежат исполнению. Сформулированы тезисы, касающиеся дополнительной регламентации компетенции местных публичных органов власти Монсеррата и Губернатора, конкретизации содержания и порядка организации и проведения согласительных процедур, оснований рассмотрения вопросов об отставке Кабинета, досрочном роспуске Законодательной ассамблеи, уточнении критериев принятия таких решений, согласования позиций по вопросу о роспуске Законодательной ассамблеи. Рассматривается вопрос об обеспечении представительства Кабинета Монсеррата в Правительстве Великобритании путем включения в его состав соответствующих министров от территории. Также речь идет о направлении Законодательной ассамблеей заморской территории в Палату Общин Великобритании мнений по законопроектам, относящимся ко всему Королевству, и направления Палатой Общин проектов правовых актов, затрагивающих интересы Содружества, в адрес заморских территорий. Подчеркивается значение дополнительной регламентации в Конституции порядка консультаций с органами публичной власти заморской территории по вопросам, затрагивающим ее интересы, институционализации механизмов участия электората в рассмотрении и решении вопросов публичного характера посредством референдума, включая вопросы досрочного прекращения полномочий отдельных категорий должностных лиц.



Ключевые слова

Великобритания, заморские территории, партнерство, монарх, Монсеррат, конституция, Губернатор, Кабинет, Законодательная ассамблея.

Библиографическое описание: Ирхин И.В. Основы конституционного статуса Монсеррата как заморской территории Великобритании // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 166–177.

JEL: K1; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.166.177

1. Общая конституционная характеристика статуса заморских территорий

После Второй Мировой войны большинство британских колоний и доминионов стали независимыми государствами на правах членов Содружества. Население ряда небольших территорий, в том числе по причинам необходимости пролонгации оказания им бюджетной поддержки Королевством выразило желание сохранить связь с Империей. В других случаях заморские территории остались в составе Британской империи как военные базы, имеющие стратегическое значение.

Ныне у Соединенного Королевства 14 заморских территорий: Ангилья, Бермудские острова, Британские Виргинские острова, Каймановы острова, Фолклендские острова, Гибралтар, Монтсеррат, острова Питкэрн, Святой Елены, Вознесения, Тристанда-Кунья, Теркс и Кайкос, Британская антарктическая территория, Британская территория в Индийском океане, Южная Георгия и Южные Сандвичевы острова, Акротири и Декелия на Кипре. Данные территории существенным образом различаются по многим признакам. Так, Бермудские острова считаются одним из наиболее богатых регионов, а остров Святой Елены нуждается в постоянном финансировании из бюджета Великобритании. Британская антарктическая территория расположена на площади 1709400 кв. км. с населением от 250 до 3000 человек, Южная Георгия и Южные Сандвичевы острова охватывают территорию в 3903 кв. км с населением в 30 человек¹. Территория Гибралтара составляет 6,5 кв. км с населением около 32000 человек, а Британская территория в Индийском океане насчитывает 3000 человек на 60 кв.км.

Премьер-министр Великобритании Д. Кэмерон указывал, что отношения между заморскими территориями и Великобританией предусматривают баланс преимуществ и ответственности, который должна уважать каждая сторона. Правительство Великобритании намерено видеть территории процветающими в партнерстве с сильной и стабильной местной экономикой². Тогдашний министр иностранных дел Великобритании В. Хейг отмечал, что Правительство наблюдает за расцветом сообществ, сохранением британской идентичности и созданием новых возможностей для подрастающего и будущих поколений, защитой природной среды и созданием самых высоких международных стандартов в этой сфере³.

Взаимодействие Великобритании и заморских территорий осуществляется по следующим направлениям: создание диверсифицированных и устойчивых экономик, сокращение дефицита сектора публичных услуг, регулирование финансовой деятельности, защита биоразнообразия и природных ресурсов, поддержка частного сектора, профессиональных объединений и гражданского общества. Правительство Великобритании обеспечивает поддержку территорий в таких ключевых сферах общественной жизни, как образование, здравоохранение, занятость, культура и спорт.

Важным элементом организации взаимодействия Великобритании и заморских территорий является сотрудничество по вопросам безопасности. Так, в Белой книге о заморских территориях (2012) указывается, что Соединенное Королевство стремится обеспечить защиту территорий и народов от внешних угроз, а также право на самоопределение;

¹ На указанных территориях постоянного населения нет, речь идет о сотрудниках научных станций и членах экспедиций.

² The Overseas Territories. Security, Success and Sustainability. June 2012. P. 5 [Электронный ресурс]: // URL: www.official-documents.gov.uk (дата обращения: 10.10.2015)

³ Ibid. P. 6.

Соединенное Королевство оказывает помощь территориям в защите от международного терроризма, организованной преступности и стихийных бедствий; территории предоставляют Соединенному Королевству и союзникам возможность стратегического размещения баз с поддержкой широкого спектра операций по обеспечению безопасности⁴.

В сфере организации и управления территориями Великобритания имеет определенный объем обязательств и ответственности. В Белой книге указывается, что правительство Великобритании ответственно перед населением территорий и Соединенного Королевства по вопросам надлежащего управления территориями. Правительство признает чувствительность данной области деятельности, но убеждено, что жители территорий имеют право ожидать получения таких же высоких стандартов управления, как в Великобритании, включая область прав человека, верховенства закона и интеграции в рамках общественной жизни⁵.

Народы заморских территорий являются гражданами (подданными) Великобритании. В Акте о Британских заморских территориях (2002)⁶ определено, что гражданство Британских заморских территорий приобретает любое лицо, которое до вступления в силу настоящего положения состояло в гражданстве Британских заморских территорий, являлось гражданином Великобритании по рождению в соответствии с Актом о британском гражданстве (1981), в том числе состояло в гражданстве Британских заморских территорий по рождению или одновременно являлось гражданином Великобритании и заморских территорий, при этом лицо приобрело гражданство Великобритании по рождению.

2. Конституционные основы статуса Монтсеррата

2.1. Конституционная характеристика статуса Монтсеррата в составе Великобритании

Остров Монтсеррат расположен в северной части Малых Антильских островов. Территория составляет 102 кв.км, а население около 5000 человек (2011 г.). Монтсеррат был открыт Колумбом в 1493 г., а британской колонией стал в 1632 г. Дважды Монтсеррат был захвачен Францией (1666–1688, 1782–1783). Окончательно колонией Королевства эта территория стала в 1783 г.⁷

Отдельное управление Монтсеррат получил в 1816 г. наряду с Антигуа и Барбадосом. В 1871 г. указанная территория была включена в состав Федерации Подветренные острова, после упразднения которой (в 1957 г.) Монтсеррат приобрел статус колонии в Вест-Индской Федерации, который сохранился до 1962 г. Наряду с Бермудскими островами⁸ остров Монтсеррат является одной из старейших самоуправляющихся территорий Великобритании.

⁴ The Overseas Territories. Security, Success and Sustainability. P. 8.

⁵ Ibid. P. 9.

⁶ British Overseas Territories Act 2002 [Электронный ресурс]: // URL : www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/8/contents (дата обращения: 10.10.2015)

⁷ Henry I., Dickson S. British Overseas Territory Law. Oregon: Hart Publishing, 2011. P. 325.

⁸ В 1612 г. Бермуды стали частью доминионов Вирджинской компании. В 1615 г. она продала права на острова Бермудской компании, которой от имени Короны была дарована Жалованная грамота для освоения островов. Компания была расформирована в 1684 г. и в этом же году Бермуды стали королевской колонией. См. подробнее: Crooker R. Bermuda. Philadelphia, 2002. P. 7.

В административно-территориальном отношении остров разделен на три прихода: Сент-Антони, Сент-Джорджес, Сент-Петер. В связи с извержением вулкана Суфриер-Хиллс в 1995 г. половина острова оказалась неподходящей для проживания, административный центр Плимут и некоторые деревни были уничтожены. В настоящее время населен только приход Сент-Петер, а фактической столицей является Брейдс.

В Монсеррате действует Конституционный приказ (2010)⁹ (далее — Конституция), который включает преамбулу, 121 статью, варианты клятв верности и повиновения. При этом данный акт не содержит норм, регулирующих политико-территориальную организацию и порядок взаимоотношений с Великобританией (в Преамбуле имеется лишь упоминание о праве населения на самоопределение).

Устав ООН¹⁰ определяет исходные начала квалификации отношений метрополий с самоуправляющимися территориями. Согласно ст. 73 члены ООН, которые несут или принимают ответственность за управление территориями, народы которых не достигли полного самоуправления, признают принцип, что интересы населения этих территорий являются первостепенными, и как священный долг принимают обязательство максимально способствовать благополучию населения этих территорий в рамках системы международного мира и безопасности, установленной Уставом. Кроме того, ст. 74 Устава ООН закреплено, что члены Организации также соглашаются, что их политика в отношении территорий, на которые распространяется действие настоящей Главы, должна быть основана не менее, чем в отношении их метрополий, на общем принципе добрососедства, с надлежащим учетом интересов и благополучия остального мира в делах социальных, экономических и торговли.

Согласно Белой книге заморских территорий между Великобританией и заморскими территориями существуют партнерские отношения¹¹. При этом партнерство имеет вариативный характер и, наш взгляд, номинально. Так, применительно к Каймановым, Бермудским и Виргинским островам партнерство характеризуется взаимодействием, детерминированным широким спектром интересов в рамках оказываемых на островах финансовых и туристических услуг. В Белой книге указано, что роль Каймановых островов наряду с Бермудскими и Виргинскими островами на международных финансовых рынках, а также усилия правительств этих территорий по обеспечению соответствия данного сектора международным стандартам, признаны международным сообществом¹².

Острова Питкэрн являются заморской территорией Великобритании в Тихом океане, где на 56 кв.м. постоянно проживает 48 человек. Общая численность населения составляет 56 человек за счет приглашаемых из Новой Зеландии школьного учителя, врача, полицейского, социального работника. Снабжение осуществляется морским транспортом из Новой Зеландии ежеквартально. Большинство населения Питкэрна занимается изготовлением поделок, их сбытом, а также участвует в деятельности, осуществляемой органами власти острова. Великобритания и Питкэрн взаимодействуют в рамках Королевского общества защиты птиц в целях сохранения биоразнообразия¹³. Британская антарктическая территория, как и Южная Георгия и Южные Сандвичевы

⁹ The Montserrat Constitution Order 2010 [Электронный ресурс]: // URL: www.constitution.gov.ms/wp-content/uploads/2010/11/monstitution-order-oct-2010.pdf (дата обращения: 10.10.2015)

¹⁰ Устав Организации Объединенных Наций // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XII. М., 1956. С. 14–47.

¹¹ The Overseas Territories. Security, Success and Sustainability. P. 7, 8, 9, 19.

¹² Ibid. P. 6.

¹³ Ibid. P. 70, 107.

острова, не имеют постоянного населения. Приоритетами партнерских отношений постулируются организация управления территориями и охрана окружающей среды.

Таким образом, партнерство имеет ярко выраженный асимметричный диверсифицированный характер, проявляющийся в аспекте принципиально различающихся подходов организации и осуществления взаимодействия Великобритании и заморских территорий. Кроме этого, в рамках этой модели партнерства не предполагается взаимодействия (сотрудничества) на основе презюмируемой самостоятельности статуса участвующих в нем сторон для достижения взаимовыгодных целей. В развитие тезиса о номинальности партнерства подчеркнем, что категория «суверенитет Королевства», которая в Белой книге заморских территорий квалифицируется в качестве базиса партнерства¹⁴, исключает самостоятельность заморских территорий, поскольку суверенитет поглощает партнерские отношения, нивелируя его качественные признаки.

Идентифицировать Великобританию с любой из заморских территорий как партнеров, в том числе в политико-территориальном аспекте, в силу объективных причин невозможно. Учитывая, что большинство заморских территорий имеют представительные и исполнительные органы, с учетом местных особенностей принимаются правовые акты, существует собственная символика, предусмотрен статус гражданина и жителя, определены гарантии недопустимости произвольного вмешательства со стороны властей Великобритании в функции местных органов власти, их партнерство в политико-территориальном контексте в большей мере напоминает модель унитарного устройства с федеративными элементами. В свою очередь, правовой статус заморских территорий близок к статусу территориальной автономии.

2.2. Система публичных органов власти

2.2.1. Губернатор

По ст. 22 Конституции Монтсеррата Королева Великобритании назначает Губернатора, который осуществляет функции управления деятельностью правительства Монтсеррата согласно положениям Конституции и указаниям монарха. Необходимо отметить, что положения, устанавливающие порядок предварительных консультаций с властями заморской территории по кандидатурам Губернаторов, законодательно не закреплены, в связи с чем возникают трудности адаптации представителя Британской короны к локальным условиям.

Премьер-министр Каймановых островов в 2005–2009 годах Д.Тиббетс (в настоящее время — министр планирования, сельского хозяйства, жилищного строительства и инфраструктуры) по поводу консультаций при рассмотрении кандидатуры Губернатора отмечал справедливость введения данной процедуры. Он также указывал: «Если нас ставят в известность, что кандидат — хорошая личность, мы не считаем это консультацией. Мы полагаем, что консультации должны быть иного формата. Конечно, мы не ожидаем, что интервьюирование и назначение Губернатора должно производиться комиссионно, но полагаем справедливым рассматривать биографию соответствующей кандидатуры и, возможно, озвучивать наши мнения»¹⁵.

¹⁴ Ibid. P. 14.

¹⁵ Overseas Territories. Seventh Report of Session 2007–08. Vol. II. Foreign Affairs Committee. House of Commons. London, 2008. P. 1–2 [Электронный ресурс]: // URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/238697/7473.pdf (дата обращения: 10.10.2015)

Аналогичная позиция была выражена Премьер-министром Виргинских островов в 2007–2011 годах Р.О’Нилом. Он отмечает, что «между Губернатором и управляемыми всегда есть разногласия. Когда речь идет о назначении на пост Губернатора, нам даже не сообщают, что это за лицо, откуда оно, каков опыт его деятельности, из чего известно, что кандидатура будет соответствовать сообществу. У нас есть опыт работы с Губернаторами, которые не вписывались в сообщество; к ним относились с уважением только потому, что они представители Британской короны»¹⁶.

Доводы Д. Тиббетса и Р. О’Нила заслуживают поддержки. Предварительное обсуждение с местными властями кандидатур губернаторов целесообразно на всех заморских территориях.

Для оказания содействия реализации полномочий Губернатора через Министра иностранных дел Великобритании после консультаций с Премьер-министром из местных жителей назначается заместитель Губернатора (ст. 23 Конституции). Заместитель реализует отдельные переданные ему полномочия Губернатора, замещает его в период отсутствия, несет ответственность за организацию и управление публичной службой. При этом уточняется, что заместитель не может обладать функциями министра. В данном аспекте прослеживается сходство с Виргинскими (ст. 36 Конституции)¹⁷ и Каймановыми островами (ст. 34 Конституции)¹⁸, основные конституционные акты которых предъявляют требования к назначению на должность заместителя губернатора — прежде всего, статус коренного жителя. На наш взгляд, такой подход способствует повышению уровню репрезентации интересов местного населения в деятельности британских властей, минимизирует риски узурпации полномочий Губернатором.

Статья 26 Конституции определяет традиционную для заморских территорий Великобритании формулу, в соответствии с которой Губернатор действует в соответствии с рекомендациями Кабинета. При этом конституционно установлен круг вопросов, относящихся к исключительной компетенции Губернатора, по которым он вправе не действовать по совету Кабинета. Это присуще всем заморским территориями и перечисленные в Белой Книге вопросы: внешняя политика, оборона, внутренняя безопасность, включая полицию, публичная служба (п. 1 ст. 39 Конституции). В специальный блок, в рамках которого Губернатор реализует дискреционные полномочия безотносительно к рекомендациям Правительства, выделен сектор международных финансовых услуг.

При этом установлено, что с предварительного разрешения Министра иностранных дел Великобритании все перечисленные вопросы (кроме сферы публичной службы) могут быть делегированы Премьер-министру и иным министрам. В обязательном порядке Губернатор делегирует министру полномочия в сфере внешних отношений Монсеррата в рамках Карибских региональных интересов.

Губернатор должен информировать Премьер-министра о реализации дискреционных полномочий (п. 1 ст. 39 Конституции, кроме вопросов публичной службы), а также предварительно консультироваться с Кабинетом. Данное правило не применяется, если, по мнению Губернатора, это необходимо в публичных интересах, либо вопрос является незначительным (*trivial*), или требует принятия незамедлительных мер. Также не подле-

¹⁶ Ibid.

¹⁷ The Virgin Islands Constitution Order 2007 [Электронный ресурс]: // URL: [www.bvi.org.uk/files/constitution 2007.pdf](http://www.bvi.org.uk/files/constitution%202007.pdf) (дата обращения: 09.03.2016)

¹⁸ The Cayman Islands Constitution Order 2009 [Электронный ресурс]: // URL: faolex.fao.org/docs/pdf/cay117254.pdf (дата обращения: 07.04.2016)

жат применению нормы о необходимости реализации Губернатором своих функций по совету Кабинета, если уполномоченный Британской короны действует в соответствии с указаниями Королевы, а также при осуществлении установленных законом функций, позволяющих действовать без совета Кабинета (ст. 39). Дополнительно отметим, что Губернатор не обязан действовать по совету Кабинета, если полагает, что необходимо обратиться к совету иных лиц или органов.

Губернатор уполномочен созывать заседания Кабинета, в том числе по просьбе Премьер-министра (ст. 43 Конституции); после консультаций с Премьером он вправе отложить заседания Законодательной ассамблеи или распустить ее (ст. 67), в любое время затребовать у соответствующего министра содействия или официальных документов, иной информации (ст. 39). Также Губернатор принимает решения о помиловании, но после консультации с Кабинетом и Комитетом по вопросам помилования (ст. 29).

2.2.3. Легислатура

По ст. 47 Конституции Легислатуру образуют Королева и Законодательная ассамблея, к функциям которых отнесено принятие законов для мира, порядка и надлежащего управления (ст. 71, 121). Срок полномочий Законодательной ассамблеи составляет пять лет (ст. 119). В ее состав входят 9 членов, назначаемых Губернатором, а также в статусе *ex officio*: Генеральный прокурор и Финансовый секретарь (ст. 48). Численность депутатов может быть увеличена при необходимости (ст. 48). Созывает Законодательную ассамблею Спикер (ст. 50).

Пассивным избирательным правом обладают «монтсерратцы», достигшие 21 года, зарегистрированные в качестве избирателей, находящиеся на территории острова непрерывно 12 месяцев в течение последних пяти лет непосредственно до выдвижения на выборах и имевшие день своего рождения «родителей-монтсерратцев» (ст. 51 Конституции).

Лишены пассивного избирательного права лица, выразившие верность, повинование иностранному государству или режиму, состоящие на публичной службе, занимающие должности в Верховном Суде, Апелляционном суде или магистратском суде. Также не имеют права быть избранными лица, объявленные банкротами, являющиеся стороной договорных обязательств с Правительством, а также те, кто выполняют функции, связанные с проведением выборов (в том числе составлением или пересмотром списков избирателей), лица, признанные душевнобольными. Не могут быть кандидатами лица, приговоренные к лишению свободы на срок свыше 12 месяцев, либо дисквалифицированные за совершение правонарушений, связанных с выборами. Активным избирательным правом обладают граждане (подданные) Соединенного Королевства, достигшие возраста 18 лет, проживающие на острове не менее 36 месяцев непосредственно до их регистрации в качестве избирателя.

Заседания Ассамблеи проводятся под председательством Спикера, который избирается из депутатов, не являющихся членами Кабинета (ст. 59, 60 Конституции). Для принятия решений необходимо участие шести депутатов, исключая председательствующего. Решения принимаются большинством голосов присутствующих на заседании членов ассамблеи. Председательствующий участвует в голосовании только в условиях равенства голосов (ст. 66). Конституция Монтсеррата устанавливает ограничения для Парламента в сфере рассмотрения финансовых законопроектов и актов по вопросам налогообложения, что обусловлено необходимостью согласования таких документов с Правительством (ст. 70).

Законопроекты направляются Губернатору, который должен объявить об их принятии, отклонении либо «оставлении» билля. Если билль одобрен Министером иностранных дел, Губернатор вправе «оставить» его, т.е. направить Королеве на предварительное рассмотрение, при условии несовместимости билля (по мнению Губернатора) с международными обязательствами Соединенного Королевства, возможности нанесения ущерба Королевским прерогативам и эффективности работы судебной системы или оказания влияния на вопросы, относящиеся к исключительной компетенции Губернатора (оборона, внешние сношения, регулирование международных финансовых услуг и т.д.), несоответствия Конституции.

Таким образом, предусмотрено два основных варианта вступления принятых законов в силу. В первом варианте их одобряет и подписывает Губернатор от имени Королевы Великобритании. Во втором — Королева выражает согласие с биллем через Министра иностранных дел, затем Губернатор его подписывает.

Любой одобренный Губернатором закон может быть отменен Королевой через Министра иностранных дел. При этом ни один закон не может быть аннулирован до истечения срока уведомления Губернатора Министером иностранных дел Великобритании о решении об отмене, так как у Ассамблеи должна быть возможность самостоятельно пересмотреть свое решение (ст. 76 Конституции).

Конституция наделяет Губернатора правомочиями по совету Премьер-министра распустить Законодательную ассамблею. Прочие условия роспуска не определены. В данном аспекте заслуживает внимания конституционный подход Бермудских островов. Согласно ст. 49 Конституции указанной заморской территории Губернатор вправе не распустить Парламент, если правительство Бермудских островов способно функционировать без принятия решения о роспуске, и роспуск Парламента не соответствует интересам островов¹⁹.

Указанный подход также не является оптимальным, поскольку не предусмотрен порядок и условия оценки способности Парламента функционировать без роспуска и определения соответствия либо несоответствия роспуска интересам островов. Также не уточняются критерии «достаточности оснований» для роспуска Парламента. Как представляется, регламентация оснований и порядка роспуска представительного органа является существенным элементом организации эффективно функционирующей системы публичных органов власти, так как способствует укреплению (поддержанию) ее стабильности.

Конституция Монсеррата предусматривает классический для британской правовой системы институт лидера оппозиции. Данное лицо назначается Губернатором из депутатов Законодательной ассамблеи, которое, по его мнению, обладает наибольшим авторитетом среди оппозиционно настроенных к Правительству членов парламента (ст. 69 Конституции).

В структуре Ассамблеи предусмотрены постоянные комитеты (не менее двух), в состав которых входят депутаты, не являющиеся членами Кабинета. В функции каждого комитета входит мониторинг деятельности Правительства. Подчеркивается, что в ассамблее должен быть сформирован Комитет публичных счетов (ст. 63 Конституции). Депутаты Законодательной ассамблеи вправе вносить билли, выступать с предложениями по их обсуждению, подавать петиции согласно Регламенту (ст. 70).

¹⁹ Bermuda Constitution Order 1968 [Электронный ресурс]: // URL: www.bermudalaws.bm/Laws/ConsolidatedLaws/BermudaConstitutionOrder1968.pdf (дата обращения: 06.04.2016)

2.2.4. Кабинет

Исполнительная власть на Монтсеррате принадлежит британскому монарху, а ее осуществление возложено на Губернатора и подчиненных ему должностных лиц (ст. 31 Конституции). В целях общего руководства и контроля формируется Кабинет, который несет коллективную ответственность перед Законодательной ассамблеей (ст. 32) и состоит из Премьер-министра, трех министров и двух членов на правах *ex officio* — Генерального прокурора и Финансового секретаря. Состав Кабинета может быть расширен при увеличении численности депутатов Законодательной ассамблеи в порядке, установленном Конституцией (ст. 32). Для принятия решений необходимо участие трех членов Правительства, два из которых по должности должны быть министрами (ст. 42).

Премьер-министра назначает Губернатор из лиц, пользующихся наибольшей поддержкой Законодательной ассамблеи (ст. 33 Конституции). Министры назначаются Губернатором по совету Премьер-министра из членов Законодательной ассамблеи, один из которых должен быть назначен заместителем Премьер-министра. Их деятельность должна соответствовать политике Правительства, определяемой Кабинетом, и идее коллективной ответственности членов Кабинета за решения Правительства (ст. 39). В помощь министрам по рекомендации Премьер-министра Губернатор назначает парламентских секретарей из депутатов Ассамблеи (ст. 44).

Согласно ст. 38 Конституции Губернатор обязан возложить на министров ответственность за реализацию соответствующих направлений деятельности Правительства. Уточняется, что министры не могут обладать полномочиями по вопросам судебной системы и финансового аудита. Кроме того, полномочия, которые возложены Конституцией или законом на иных должностных лиц (государственные органы), не могут быть переданы Губернатором министрам.

На заседаниях Кабинета председательствует, «насколько это возможно», Губернатор. При его отсутствии заседания Кабинета проводят Премьер-министр или другие министры, которых назначает Губернатор, основываясь на предложениях Премьера. Данный подход не является общепринятым для заморских территорий Великобритании. Так, например, функции председателя Кабинета Бермудских островов осуществляет исключительно Премьер-министр (ст. 66 Конституции Бермудских островов).

Предусмотрен институт отставки Премьер-министра. Статья 34 Конституции устанавливает, что решение об отставке принимается Губернатором после выражения недоверия большинством членов Законодательной ассамблеи. Вместе с тем Губернатор вправе не согласиться с мнением Законодательной ассамблеи и после консультаций с Премьер-министром принять решение о ее роспуске.

Должность министра становится вакантной при утрате статуса члена Законодательной ассамблеи, назначении Премьер-министра, осуждения к лишению свободы сроком более 12 месяцев, избрания на неосновных выборах, отмены назначения министра Губернатором по совету Премьер-министра. Министр вправе уйти в отставку по собственной инициативе (ст. 34 Конституции).

3. Выводы

В конституционном строе Монтсеррата особое место занимает Губернатор. При этом предусмотрены механизмы предупреждения концентрации полномочий Губернатора, которые сосредоточены в рамках юрисдикции Премьер-министра и Законодательной ассамблеи.

Вместе с этим недостаточно тщательно регламентирована компетенция местных органов публичной власти и Губернатора. В отличие от Великобритании, Конституция Монсеррата — единый целостный документ, обладающий высшей юридической силой, который, кроме прочего, предусматривает систему и порядок формирования (назначения) и деятельности публичных органов власти и должностных лиц. В указанных условиях конкретизация предметов их ведения и полномочий представляется закономерной.

В Конституции не уточнены основания и порядок согласования позиций по вопросу о роспуске Ассамблеи. При консультациях Премьер-министра и Губернатора о роспуске ассамблеи целесообразно было бы участие в них Спикера и Лидера Оппозиции. В свою очередь, при рассмотрении вопроса об отправлении в отставку Кабинета при вынесении ассамблеей вотума недоверия рационально участие Премьер-министра.

Также в Конституции не конкретизированы содержание и порядок организации и проведения согласительных процедур, не определены основания рассмотрения вопросов об отставке Кабинета, досрочном роспуске Законодательной ассамблеи, критерии принятия таких решений. Это выглядит не вполне удачным подходом к институционализации механизма функционирования системы публичных органов власти. Не предусмотрен также механизм представительства Кабинета в Правительстве Великобритании. Вероятно, такой подход оказывает деструктивное воздействие на возможности выражения позиций Монсеррата на уровне Соединенного Королевства.

Для повышения эффективности взаимодействия по вопросам законодательной деятельности рационально на конституционном уровне установить порядок информирования Палаты Общин Великобритании о мнении Законодательной ассамблеи Монсеррата о биллях, касающихся всего Королевства, а также предусмотреть направление Палатой Общин биллей, затрагивающих интересы Содружества, в адрес заморских территорий.

На конституционном уровне Монсеррата также можно было бы определить порядок организации и проведения консультаций с публичными органами власти заморской территории по вопросам, затрагивающим ее интересы, предусмотреть референдарные механизмы участия избирательного корпуса в рассмотрении и решении вопросов публичного характера, включая вопросы досрочного прекращения полномочий отдельных категорий должностных лиц.



Библиография

Голландская правовая культура / отв. ред. В.В. Бойцова, Л.В. Бойцова. М.: Легат, 1998. 592 с.

Ирхин И.В. Конституционный статус Британской Антарктической территории // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. №6. С 24–28.

Ирхин И.В. Основы конституционного статуса островов Святая Елена, Вознесения, Тристан-да-Кунья как заморской территории Великобритании // Очерки новейшей камералистики. 2015. № 4. С. 19–24.

Кашкин С.Ю., Четвериков А.О. Европейский союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М.: Инфра-М, 2010. 704 с.

Крассов О.И. Земельное и имущественное право в странах общего права: монография. М.: Норма, 2015. 416 с.

Сороковой А.В. Проблемы правового регулирования деятельности российских компаний, использующих офшорные зоны // Современное право. 2013. № 4. С. 84–88.

Страны и народы. Америка. Общий обзор Латинской Америки. Средняя Америка / отв. ред. В.В. Вольский и др. М.: Мысль, 1981. 335 с.

- Crooker R. Bermuda. Philadelphia, 2002. 125 p.
- Encyclopedia of the Developing World [Электронный ресурс]: // URL: http://shora.tabriz.ir/Uploads/83/cms/user/File/657/E_Book/Economics/Encyclopedia%20of%20the%20developing%20world.pdf (дата обращения: 10.10.2016)
- Fergus H. Montserrat in the Twentieth Century: Trial and Triumphs. Montserrat, 2000. 252 p.
- Greenaway S. Montserrat in England. Dynamics of Culture. Bloomington (Ind.): Universe Press, 2011. 244 p.
- Henry I., Dickson S. British Overseas Territory Law. Oxford: Hart, 2011. 390 p.
- Overseas Territories. Seventh Report of Session 2007–08. Vol. II. Foreign Affairs Committee. House of Commons. London, 2008. P. 1–2 // URL: www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/238697/7473.pdf (дата обращения: 10.10.2015)
- Overseas Territories. Security, Success and Sustainability. 2012 [Электронный ресурс]: // URL: www.official-documents.gov.uk (дата обращения: 10.10.2015)
- Potter R., Barker D., Conway C., Klak T. The Contemporary Caribbean. London, 2004. 520 p.
-

Constitutional Status of Montserrat as United Kingdom Overseas Territory



Igor Irkhin

Associate Professor, Department of Theory and History of State and Law, Kubansky State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 88 Maxim Gorky Str., Rostov 350088, Russian Federation. E-mail: dissertacia@yandex.ru



Abstract

The article explores that partnership as a form of relations between Britain and the Overseas Territories is of various and nominal nature. The political and territorial relations between the UK and the overseas territory under consideration are examined in the paper as a unitary federalism elements. Having examined the provisions of the Constitution of Montserrat, 2010 in the part of the Governor of the status of the regulation, the Cabinet, the Legislature, it is emphasized that a special place in the constitutional system of government of Montserrat is taken by a representative of the British Crown in view of the powers which will subject to the established by the Constitution to make key decisions in the sphere of the island internal policy (convening the Cabinet, its resignation, the dissolution of the Legislative Assembly, law-making function and others). This provides mechanisms to prevent the concentration of powers in the jurisdiction of the Governor. In particular, a significant role in the formation and implementation of the constitutional course is assigned to the Prime Minister and the Legislative Assembly the recommendations of which are subject to implementation in ordinary conditions. The theses are formulated on the advisability of further regulation of the competence of local public authorities in Montserrat and Governor, respectively, specifying the content and procedure for organizing and conducting the proceedings based on a consideration of questions on the resignation of the Cabinet, early dissolution of the Legislative Assembly, clarify the criteria for such decisions, the coordination of positions on the dissolution of the Legislative Assembly. The paper studies the question on the Cabinet of Montserrat in the UK Cabinet by including members of cabinet representing particular territories. Besides, the article mentions submitting by the Legislative Assembly to UK House of Commons data on its opinion on draft laws relating to the entire Kingdom and submitting by the House of Commons the drafts related to the interests of the Commonwealth to the overseas territories. The paper specifies the advisability of further regulation in the Constitution as to organizing and holding consultations with public authorities of overseas territory on the matters concerning their interests, referendum mechanisms for the people of islands to participate in the decision-making process of public nature, including the early termination of certain categories of officials.



Keywords

UK, Overseas Territories, Partnership, Monarch, Montserrat, constitution, Governor, Cabinet, Legislative Assembly.

Citation: Irkhin I.V. (2017) Constitutional Status of Montserrat as United Kingdom Overseas Territory. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 166–177 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.166.177



References

Boytsova V.V., Boytsova L.V. (eds.) (1998) *Gollandskaya pravovaya kul'tura* [Dutch Legal Culture]. Moscow: Legat, 592 p. (in Russian)

Crooker R. (2002) *Bermuda*. Philadelphia: Chelsea House Publishers, 125 p.

Fergus H.A. (2000) *Montserrat in the Twentieth Century: Trial and Triumphs*. Montserrat: University of the West Indies Press, 252 p.

Greenaway S. (2011) *Montserrat in England. Dynamic of Culture*. Bloomington: Universe Press, 244 p.

Henry I., Dickson S. (2011) *British Overseas Territory Law*. Oxford: Hart, 390 p.

Irkhin I.V. (2016) Konstitutsionnyi status Britanskoy Antarkticheskoi territorii [Constitutional Status of the British Antarctic territory]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 6, pp. 24–28.

Irkhin I.V. (2015) Osnovy konstitutsionnogo statusa ostrovov Svyataya Elena, Vozneseniya, Tristanda-Kun'ya kak zamorskoy territorii Velikobritanii [Constitutional Status of St. Helene, Ascension Island, Tristan da Cunha as UK Overseas Territories]. *Ocherki noveyshey kameralistiki*, no 4, pp. 19–24.

Kashkin S. Yu., Chetverikov A.O. (2010) *Evropeyskiy soyuz: Osnovopolagayushchie akty v redaktsii Lissabonskogo dogovora s kommentariyami* [The European Union: Fundamental Acts under the Treaty of Lisbon, with Commentaries]. Moscow: Infra-M, 704 p. (in Russian)

Krassov O.I. (2015) *Zemel'noe i imushchestvennoe pravo v stranakh obshchego prava* [Land and Property Right in Common Law Countries]. Moscow: Norma, 416 p. (in Russian)

Leonard T. (ed.) (2012) *Encyclopedia of the Developing World*. Available at: http://shora.tabriz.ir/Uploads/83/cms/user/File/657/E_Book/Economics/Encyclopedia%20of%20the%20developing%20world.pdf (accessed: 10.10.2016)

Overseas Territories. Seventh Report of Session (2007–2008). Vol. II. Foreign Affairs Committee. House of Commons. Available at: URL: www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/238697/7473.pdf (accessed: 10.10.2015)

Overseas Territories. Security, Success and Sustainability (2012). Available at: URL: www.official-documents.gov.uk (accessed: 10.10.2015)

Potter R., Barker D., Conway C., Klak T. (2004) *The Contemporary Caribbean*. London — New York: Pearson-Prentice Hall, 520 p.

Sorokovoy A.V. (2013) Problemy pravovogo regulirovaniya deyatel'nosti rossiyskikh kompaniy, ispol'zuyushchikh ofshornye zony [Legal Regulation of Russian Companies Operating in Offshore Zones]. *Sovremennoe pravo*, no 4, pp. 84–88.

Vol'sky V.V. (ed.) (1981) *Amerika. Srednyaya Amerika* [Middle America]. Moscow: Mysl, 335 p.

Interstate Economic Cooperation in Eurasia: Actual Options of Development (International Legal Aspect)



Maria Shilina

Postgraduate Student, Department of International Public and Private Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: mary.shilina@gmail.com



Abstract

World economic power is becoming increasingly dispersed, a process accompanied by a greater role played by various international economic associations of states in regulating international economic relations. The article devoted to the fragmentation of international law demonstrates this kind of law can be grouped according to uncoordinated regulatory entities and proposes a solution to this issue. The factors in this fragmentation are analyzed through the prism of current processes in Eurasian regional economic integration. The approaches to coordinating the laws of regional economic associations with the regulations of the WTO are also reviewed. The new formats of regional intergovernmental economic cooperation in Eurasia, such as the Eurasian Economic Union (EEU) and the Silk Road Economic Belt (SREB) are analyzed. The EEU and the SREB are presently the main drivers of the transformation of Eurasia into a zone of joint development. These projects share a common goal and can harmoniously complement each other, and their potential linkage makes possible the formation of a common economic space on the Eurasian continent. The Joint Statement on Cooperation on the Construction of Joint Eurasian Economic Union and Silk Road Projects (signed by Presidents Putin and Li Xin on May 8, 2015) raises some serious issues. The main one concerns the comparison and further development of the EEU and the SREB and possible ways to have them complement each other in practice. At the Astana Club in 2015 three potential options of co-existence of the projects were considered: bilateral connection (meaning that EEU countries would be free to decide on participation in SREB), linkage within an EEU-China format, and linkage within the Shanghai Cooperation Organization (the SCO). In this paper the author attempts to identify effective solutions to the problems surrounding this process. The conclusion is effective development of the new integration projects of Russia and China on the basis of the SCO is optimal. A mechanism for international legal regulation of economic cooperation entailing a gradual economic convergence of Eurasia is proposed.



Keywords

international law, international economic law, fragmentation of law, the Eurasian Economic Union, the Silk Road Economic Belt, the Shanghai Cooperation Organization, regional economic integration.

Citation: Shilina M.G. (2017) Interstate Economic Cooperation in Eurasia: Actual Options of Development (International Legal Aspect). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 178–186 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.178.186

Introduction. Fragmentation of International Economic Law in Eurasia

Economic and political transformation of Eurasia¹ is a key trend in the global geo-economic processes of the first half of the 21st century². Effective co-existence and functioning of the mechanisms of global economic organizations and regional associations of states in Eurasia (within the currently spreading processes of globalization and regionalization of economic relations) depends primarily on a harmonious relationship between them within the framework of international law (IL) and erected on the basis of IL³.

International economic relations in Eurasia are currently regulated by IL on several levels. The global level consists of multilateral international treaties within the framework of global economic organizations such as the World Trade Organization (WTO), while the regional level is based on international agreements within regional economic organizations (REO) and associations of states, whose authority extends to questions of state interactions in the field of economics. There are also newer formats for economic cooperation, such as the Chinese Silk Road Economic Belt, within which there is no established mechanism for international legal regulation of economic cooperation between states. Thus modern international economic relations between states in different macro-regions of Eurasia are being elaborated in a variety of formats and settled on several different levels. Analysis of this process holds considerable theoretical and practical interest.

The *universal level* of legal regulation of international economic relations based on the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) provides for, *inter alia*, member states of the WTO to grant each other most favored nation treatment and holds between most countries on the Eurasian continent.

At the same time the interaction between Eurasian countries at the *regional level*⁴ (partly due to the global economic crisis and the growing use of economic sanctions⁵) is increasing. In many Eurasian regional associations of states there are proper legal documents covering regulation of economic relations and the corresponding institutional structures. In this fashion REO create an autonomous international economic law, which may be contrary to WTO law and lead to disintegration of the international economic order, that is, to the **fragmentation of international economic law**, and to economic and legal divergence among legal systems around the world⁶. But at the same time the establishment of regional systems of law “would be an effective step towards a global legal space”⁷.

The academic community is actively discussing this fragmentation, which is often regarded as the separation of IL into separate magnetic fields of self-sufficient international legal regimes through its distribution to new areas of relations, as well as by its creation of a large number

¹ In this article Eurasia is understood as a geographical concept: the largest continent; the combined land-mass of Europe and Asia.

² *Bordachjov T.V.* Novoe evraziistvo // Rossiia v global'noi politike, 2015. N 5. Available at: <http://www.globalaffairs.ru/number/Novoe-evraziistvo-17754> (accessed: 10.09.2016)

³ *Smbatjan A.S.* WTO i regional'nye integratsionnye ob'edineniia: so otnoshenie “pravovykh sil” v uregulirovanii torgovykh sporov. // Rossiiskii vneshnii ekonomicheskii vestnik, 2011. N 8.

⁴ *Lomakin V.K.* Mirovaia ekonomika. Moscow, 2007.

⁵ *Slaughter A.M.* A New World Order. Princeton, 2004.

⁶ *Cleaver T.* Understanding the World Economy, N.Y., 2007. P. 121.

⁷ *Gusejnov O.R.* Mezhdunarodnaia ekonomicheskaia integratsiia v sfere mezhdunarodnogo prava // Evraziiskii juridicheskii zhurnal, 2015. No. 1. Available at: http://www.eurasialaw.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=7080:2015-02-26-09-22-04&catid=109:2010-06-17-09-48-32 (accessed: 10.09.2016)

of institutions of governance⁸. Professor G. Hafner⁹ has noted that IL is heterogeneous and that it includes universal, regional and bilateral systems, as well as subsystems with different levels of legal integration. Hafner identifies two factors that contribute to fragmentation: the increasing number of international legal rules and increasing political fragmentation combined with increasing regional and global interdependence, particularly in the sphere of economics. According to J. Pauwelyn¹⁰, the conciliatory nature of IL leads to the formation of the same number of legal regimes. Other authors also believe that the problem of fragmentation is not in “erosion”¹¹ and reductions in the number of legal norms, but rather in the expansion of the international legal system. They refer to this phenomenon as the “proliferation” of IL¹².

Thus, the problem is that IL separates into uncoordinated regulatory entities. In most cases IL does not have mechanisms for coordination. This situation gives some authors reason to doubt whether IL qualifies as a legitimate form of rule of law¹³. We agree with the view of Professor A. Abdullin, who writes that the international legal order is relatively centralized in a way similar to domestic law and order. The difference lies not in the nature but in the degree: in the domestic order there are more centralized regulations (related to the entire state) than decentralized ones (related to regional or municipal levels); the reverse situation is typical for IL¹⁴. In any case, IL will be contained within a certain system.

It is also essential that international economic law (whether regional or global) be governed by certain legal principles. Dr. A. Platsas¹⁵ considers some of the leading principles of general IL which govern or tend to govern international economic law: the Principle of Fidelity¹⁶; the Principle of Conferred Powers¹⁷; the Principle of Subsidiarity¹⁸; the Principle of Proportionality¹⁹; and the Principle of Conditionality²⁰. These principles support the idea convergence of law.

⁸ *Davletgil'deev R.S.* K voprosu o podkhodakh k fragmentatsii mezhdunarodnogo prava // Rossiiskii iuridicheskii zhurnal, 2013. No. 3. Available at: <http://base.garant.ru/57741390/> (accessed: 10.09.2016)

⁹ *Hafner G.* Riski fragmentatsii mezhdunarodnogo prava // *Ezhgodnik*. T. II. 2000.

¹⁰ *Pauwelyn J.* Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands // *Michigan Journal of International Law*, 2004. No 25.

¹¹ *Plotnikov A.V.* Evolutsiia doktrinal'nykh podhodov k ponimaniyu i otsenke fragmentatsii mezhdunarodnogo prava // Rossiiskii iuridicheskii zhurnal, 2013. No 3. P. 15–19.

¹² *Drezner D.* Regime Proliferation and the Tragedy of the Global Institutional Commons, 2009. Available at: <http://fletcher.tufts.edu/~media/Fletcher/Microsites/Fila/PDFs/FILADiscussionPaperNo0109.pdf> (accessed: 10.09.2016)

¹³ *Leben C.* *The Advancement of International Law*. Oxford, 2010. P. 339.

¹⁴ *Abdullin A.I.* Fragmentatsiia mezhdunarodnogo prava: problemy i perspektivy // *Aktual'nye problemy sovremennogo mezhdunarodnogo prava: materialy XII ezhegodnoi mezhd. nauchno-praktich. konferentsiia pamiati prof. I.P. Blishhenko 2015*. Moscow, 2015.

¹⁵ *Platsas A.* *The Idea of Legal Convergence and Electronic Law // Values and Freedoms in Modern Information Law & Ethics*. 2012, P. 679–688.

¹⁶ This principle requires states to do more than merely refrain from breaching their international law obligations. See: *Chalmers D.* *European Union Law*, 2006. P. 193.

As a result all the parts of their legal systems “at each level and unit of government must act to ensure the proper functioning of the system of governance as a whole”. See: *Halberstam D.* *The Political Morality of Federal Systems*. *Virginia Law Review*, Vol. 90. 2004. P. 90.

¹⁷ According to this principle, by extension, the EU and NAFTA can act only in areas which are assigned to them by the relevant treaties.

¹⁸ This principle suggests that an international economic law organization is to intervene in achieving certain objectives only if the state cannot achieve these objectives at the state level.

¹⁹ In the case of European economic law: all EU acts must be suitable to pursue their legitimate aims, necessary to do so and the acts must not have an excessive effect on the affected party.

²⁰ This enables an international organization to push for its agenda in various legal systems. The principle presupposes an assessor (an international organization with economic goals) and an assessed (the state which seeks to

This theory of IL divides the causes of fragmentation of IL (including international economic law) into regulatory and institutional factors. Thus, P. Dupuy points out that there are regulations related to the trend towards autonomy of the special legal modes, as well as organic (institutional) factors, which stem from the increasing number of methods and procedures for governance to ensure the implementation of law²¹.

The factors in fragmentation were also considered by the UN Commission on IL in the report of a study group of the International Law Commission called “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”²². The paper includes such sections as: fragmentation as a phenomenon; conflicts between special law and general law; and conflicts between successive norms. It also highlights relations of importance, such as Article 103 of the Charter of the United Nations, and the concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes* as conflict rules. The report solves some basic issues, but it does not address modern factors in fragmentation.

Thus, as we see, fragmentation and the existence of several levels of regulation of interstate economic relations in Eurasia require a search for modern approaches to ensure that those relations function effectively.

The Correspondence between WTO Law and the Laws of REO

There has been substantial analysis of the impact of regional economic integration on fragmentation of international economic law due to the regulatory and institutional factors in fragmentation of IL. The question of the correspondence between WTO law and the laws of REO is especially important in considering the current Eurasian regional economic integration processes.

In the GATT / WTO system the issue of regional economic integration is generally resolved through established criteria of compliance of REO with GATT / WTO rules. The WTO has certain powers of oversight in the establishment and functioning of free trade areas and other forms of regional economic integration (Art. XXIV of GATT and Art. V of the General Agreement on Trade in Services [GATS]).

In the theory of IL there are two approaches to analyzing the relationship between WTO treaties and regional integration agreements: the monistic and the dualistic. According to the monistic approach, the WTO provides its members with the right to create regional integration associations, but only to the extent to which they comply with WTO law (thus, the WTO maintains priority over the regional associations). According to the dualistic approach, the WTO and the regional associations are independent of each other; their relationship is horizontal in nature (characterized, on the one hand, as cooperation and complementarity, and on the other as competition). We agree with A. Smbatjan, who supports the dualistic approach and shows that the system of agreements of the WTO and the agreements signed within the framework

derive economic benefit from membership to the international organization which assesses the state's compliance). In practice, the principle calls for the imposition of transparent legal rules and economic conditions to a state in return for a loan or resources as a whole (for example, from the International Monetary Fund [IMF]).

²¹ Dupuy P. A Doctrinal Debate in the Globalization Era: On the “Fragmentation” of International Law // European Journal of Legal Studies, 2007. Vol 1. P. 25-41. // Available at: <http://www.ejls.eu/1/4UK.pdf> (accessed: 10.09.2016)

²² Report of the Study Group of the International Law Commission «Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law» // A/57/10. 2006. Par. 502–504.

of regional integration associations have the same legal force²³. According to N. Lavranos, the dualistic approach also seems to be correct because there is no established priority of WTO mechanisms for settling disputes over the analogous dispute resolution procedures within the regional integration associations. In practice there is no formal hierarchy²⁴. At the same time, the framework of agreements of regional economic integration is closely associated with WTO rules because the WTO has exercised control over most areas in the international trade of goods, services, and intellectual property.

In contemporary international law there are mechanisms that, to some extent, eliminate *regulatory factors* in the fragmentation of international economic law. First, the recognition of WTO law as a *lex generalis* in relation to REO law under the application of the general legal principle of *lex specialis derogat legi generali*. Second, the rule of systemic integration (Art. 31 Vienna Convention on the Law of Treaties), according to which the interpretation of contracts must take into account “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”²⁵.

At present the *institutional fragmentation factor* is exacerbated by an increasing risk of competition over the extent of authority belonging to various institutions. In particular, there is conflict of jurisdiction between the judicial institutions of the WTO and judicial institutions of the REO. In the theory of IL there are some approaches that may eliminate this factor. For example, according to the approach of J. Pauwelyn, in order to avoid duplicating procedures regional integration agreements (RIAs) should include a ‘forum exclusion clause’: if the dispute is submitted to the WTO or to a regional judicial body, the same question may not be reconsidered by the other judicial institution²⁶.

Thus, the operation of the REO does not undermine the integrity of the international economic order. IL and the theory of IL have certain mechanisms to eliminate regulatory and institutional factors of fragmentation. At the same time due to the process of deepening integration, there is still a need to improve these mechanisms.

Eurasia: Realities and Prospects

Within the macro-regions of Eurasia interstate economic cooperation is carried out through a network of varying mechanisms²⁷. In Europe, these structures are characterized by a deep integration process, while in Asia and the post-Soviet region there are a number of overlapping agreements with more limited aims. The peculiarity of the Asian regional arrangements²⁸ is their diversity, informal structure, and more flexible membership; they perform mainly advisory functions and develop specific projects, rather than impose common standards. In contrast to this polycentric network, the post-Soviet regional projects²⁹ are centered on Russia.

²³ Smbatjan A.S. Op. cit.

²⁴ Lavranos N. The Brazilian Tyres Case: Trade Supersedes Health. Trade, Law and Development. 2009. Vol. 1. No 2. P. 191-230.

²⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties, signed at Vienna May 23, 1969. In effect from: January 27, 1980 Available at: <http://www.oas.org/legal/english/docs/Vienna%20Convention%20Treaties.htm>

²⁶ Pauwelyn J. Legal Avenues to “Multilateralising Regionalism”: Beyond article XXIV. Geneva, 2007. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/con_sep07_e/pauwelyn_e.pdf (accessed: 10.09.2016)

²⁷ Vinokurov E.J., Libman A.M.. Evraziiskaia kontinental'naia integratsiia. Saint Petersburg, 2012.

²⁸ ASEAN, CAREC, SAARC, and a number of multilateral and national development banks.

²⁹ The CIS, the Union State of Russia and Belarus, EEU.

In Eurasia (in addition to the global level and structure of regional free trade agreements) *new formats of regional intergovernmental cooperation in the economic sphere* are developing rapidly mainly due to intensifying partnership between Russia and China. Russia is strengthening economic ties through the Eurasian Economic Union (EEU)—a project of integration based on a model assuming gradual convergence in the economy (international economic relations are regulated in this international association mainly through multilateral international treaties). In 2013 China has proposed a concept for economic integration—the Silk Road Economic Belt (SREB)—a transport project as well as a comprehensive economic development plan (the project is implemented by China through bilateral treaties). The EEU and the SREB are generally regarded as the main drivers for the transformation of the Eurasian space into a joint development zone³⁰.

In May 2015, Russian President Vladimir Putin spoke of the need to link the SREB and EEU and to form a Common Economic Space spanning the entire Eurasian continent. During the International Economic Forum in St. Petersburg (June 16–17, 2016) and at the Shanghai Cooperation Organization (SCO) summit in Tashkent (June 24, 2016) and during his visit to China (June 25, 2016), Putin proposed a new vision of economic cooperation in Eurasia: a “Great Eurasian partnership” which he also referred to as “Greater Eurasia”³¹ (this integrated entity could include China, India, Pakistan and Iran, former Soviet states and other interested parties³²). The project would involve the creation of a network of bi- and multi-lateral trade agreements between the Eurasian Economic Union, China, member states of the SCO and of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), as well as of the European Union. Initially, these agreements would involve the simplification and unification of regulations regarding cooperation in specific areas and in investments, as well as of technical, phytosanitary and customs regulations and regulations concerning intellectual property. Later on, the agreements would involve lowering tariffs and ultimately the creation of a free trade zone³³.

From our point of view, it is necessary to develop current multilateral international legal regulation to ensure recognition of the interests of the states affected by both Eurasian projects. The SCO could provide a potential way to link integration initiatives between Russia and China. The SCO effectively contributes to the development of trade and investment relations in Eurasia, promoting infrastructure projects and providing a platform for dialogue between business and governments.

The organization has become more multifunctional³⁴ as it has expanded. The SCO includes Russia and China as the main initiators of the integration process. It is also important to note that the geographic area of the SCO includes all of the EEU member states. The SCO includes six member states (China, Russia, Kazakhstan, Uzbekistan, Tajikistan, and Kyrgyzstan), six observer states (Mongolia, Belarus, Iran, Afghanistan, India, and Pakistan), and six dialogue partner states (Turkey, Sri Lanka, Nepal, Cambodia, Azerbaijan, and Armenia). They are all

³⁰ Doklad Mezhdunarodnogo diskussionnogo kluba “Valdai” “K Velikomu Okeanu 3. ekonomicheskii poias Shelkovogo putii. Priorityety sovmestnogo razvitiia evrazijskikh gosudarstv”. Moscow, 2015.

³¹ Plenarnoe zasedanie Peterburgskogo mezhdunarodnogo ekonomicheskogo foruma. Available at: <http://kremlin.ru/events/president/news/52178> (accessed: 20.12.2016)

³² Russia eyes “Greater Eurasia”. Available at: <http://www.atimes.com/article/russia-eyes-greater-eurasia/> (accessed: 20.12.2016)

³³ Russia’s Greater Eurasia and China’s New Silk Road: Adaptation Instead of Competition Available at: <https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/osw-commentary/2016-07-21/russias-greater-eurasia-and-chinas-new-silk-road-adaptation> (accessed: 20.12.2016)

³⁴ Shilina M.G. Shanhaikaia organizatsiia sotrudnichestva kak format politicheskogo i ekonomicheskogo vzaimodejstviia agosudarstv: reali i perspektivy // *Biznes. Obshchestvo. Vlast’*. 2014, no 21, p. 41–61.

important countries located along the path of the SREB, and they are located in six economic corridors that were delineated in the document “Vision and Actions on Jointly Building the Silk Economic Belt and 21st Century Maritime Silk Road”. Thus, the SCO is well suited to play a central role as a platform for aligning the SREB and EEU.

The objectives, principles, and substance of the SREB initiative coincide with the regional economic cooperation that characterizes the SCO. The above-mentioned paper “Vision and Actions on Jointly Building the Silk Road Economic Belt and 21st-Century Maritime Silk Road” confirms this: the construction of the SREB coincides with the objectives of the SCO; both the SREB and SCO place a major emphasis on integrating infrastructure³⁵.

Russia’s Valdai Discussion Club experts also believe that “the SCO is the most important institution of international cooperation in Eurasia. . . and has great potential for becoming the main forum for interaction between China (the SREB) and the EEU”³⁶. With active development, the SCO could become the central institution of the planned Greater Eurasian Community project.

Conclusion

The global and especially the Eurasian economic nexus require a legal regime that is reasonable, predictable and stable with clear, transparent and minimally restrictive laws³⁷. Gradual economic convergence and integration of Eurasian states, in our opinion, could be based on the following *mechanism of international legal regulation of economic cooperation*:

- The main task is the further settlement of economic relations within the EEU. As it stands, all powers to conduct trade negotiations are ceded by member states to the Eurasian Economic Commission (at the Union level), but that is not sufficient. The absence of a common trade policy for the EEU could become a problem. Countries in the Union need to use external trade negotiations in order to improve the international competitiveness of their economies, to achieve national development goals and thereby to strengthen their national sovereignty. This can be accomplished by using a well-conceived and more flexible system of preferential trade agreements. But for this to happen it is first necessary to consider how to solve the internal problems of development, problems with expansion of EEU products into foreign markets, and how to revitalize trade policy as an integrated set of measures.

A common trade policy is an important tool, but to be effective it must move beyond mere foreign trade negotiations and toward agreements³⁸ that will coordinate mutual investment, technical regulation and technological cooperation³⁹. With a common trade policy, Russia and

³⁵ In the document “Declaration of the Heads of State of the Member States of the Shanghai Cooperation Organization on Building a Region of Lasting Peace and Common Prosperity”, “member states attach importance to developing transport infrastructure that connects Asia with Europe, building relevant international transport corridors and improving the efficiency of multimodal transport.” “The Belt and Road Initiative aims to promote the connectivity of Asian, European and African continents and their adjacent seas, establish and strengthen partnerships among the countries along the Belt and Road, and set up all-dimensional, multi-tiered and composite connectivity networks”.

³⁶ Doklad Mezhdunarodnogo diskussionnogo kluba “Valdai” . . . P. 25.

³⁷ Wood P. Law and Practice of International Finance, 2008. P. 13.

³⁸ Foreign trade agreements are changing from a simple means of trade liberalization into a major factor in economic development and an indicator of the place on the global economic stage occupied by countries and interstate associations.

³⁹ Bordachev T. Do the EAEU Countries Need a Common Trade Policy? Available at: <http://valdaiclub.com/a/highlights/do-the-eaeu-countries-need-a-common-trade-policy/> (accessed: 20.12.2016)

its EEU partners will be able to uphold their negotiating positions with large and consolidated partners more effectively.

- In the current conditions it is important to develop trade and economic relations between the EEU and Asian countries. The next step in convergence would optimally be carried out within an EEU- China format, which would provide a framework for suitable international instruments⁴⁰ (that would bar interaction with China along bilateral lines). On this basis it is possible to establish a free trade agreement (FTA). This potential agreement between the EEU and China would not result in a substantial increase in value-added exports. However, there is general interest in opening up the markets. In addition, agreements of this kind pave the way for further talks, for example, to develop cross-border infrastructure⁴¹. An FTA between China and Russia (or the EEU) seems unlikely⁴², but from a long-term perspective, Russia (and the EEU) might try to entice China into concluding an FTA similar to the 2015 China-Australia Free Trade Agreement (ChAFTA). Preferential agreements with the EEU could be beneficial for countries within the union as well as for their partners.

- The next stage would include linking other states⁴³ in the SCO (that are not members of the EEU) to this interaction. Using the SCO platform, the creation of multilateral economic agreements of the SCO should have a high priority.

The EEU and the SCO are already preparing an agreement on continental economic partnership, “a comprehensive agreement in the framework of the SCO, which presumably includes three major components: the free movement of goods, freedom of capital movement, as well as preferential access to the markets for services”⁴⁴. In March 2016 Economics Ministers of China, Russia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, and Tajikistan met in Moscow to discuss opportunities and mechanisms for transitioning to a (continental) economic partnership within the framework of the SCO. The Ministers agreed to study the feasibility of forming, over the long term, a free trade area within the Organization. The concept for such an agreement was prepared for the meeting of the SCO member state leaders held in Tashkent in June 2016. Thus, in less than a year the Russian concept of a “Greater Eurasia” grew beyond the scope of the former Soviet Union to encompass the entire Eurasian continent — and might ultimately lead to the creation of a common economic space throughout that territory⁴⁵.

- A subsequent step would be coordinating economic activity between the mechanism created on the basis of the SCO and countries involved in the SREB. In addition, opportunities to conclude free trade agreements with them should be pursued.

It is also necessary to improve the tools for interaction with other megaregional partnerships. Priority should be given to working with the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) in Asia, and perhaps the Trans-Pacific Partnership (TPP) could be approached in the future.

⁴⁰ «Road Map» and the Agreement on the coordination of economic cooperation.

⁴¹ Vinokurov E. EAEU and Asian Countries: Plans, Prospects and Challenges Available at: http://valdaiclub.com/a/highlights/eaeu-and-asian-countries-plans-prospects/?sphrase_id=6007 (accessed: 20.12.2016)

⁴² Schubert J., Savkin D. ChAFTA and the Future Prospects of a China-Russia/EAEU FTA, 2016. Available at: <http://www.worldscientific.com/page/cqiss/editorial-board> (accessed: 20.12.2016)

⁴³ Azerbaijan, Afghanistan, India, Iran, Cambodia, Mongolia, Nepal, Pakistan, Turkey, Uzbekistan, Sri Lanka.

⁴⁴ SCO i EEU gotoviat soglashenie o biekonomicheskom kontinental'nom partnerstve. Available at: <http://infoshos.ru/ru/?idn=15278> (accessed: 20.12.2016)

⁴⁵ Li Xin. Chinese Perspective on the Creation of a Eurasian Economic Space. Valdai Discussion Club Report. Moscow, November 2016. Available at: <http://valdaiclub.com/files/12585/> (accessed: 20.12.2016)

At each stage, it is important to compare the international legal obligations created at the regional level to the obligations arising from any global international legal regulation and to promptly detect conflicts with WTO law.

Development of cooperation depends primarily on mutual interests and the degree of activity of the states involved in Eurasian integration.

Thus, international economic law ensures the integrity of the international economic order, and it has mechanisms to counter factors leading to fragmentation. The latest practices within state economic cooperation in Eurasia and the prospects anticipated for it require further development and implementation of proper mechanisms for its international legal regulation.



References

- Abdullin A.I. (2015) Fragmentatsiia mezhdunarodnogo prava: problemy i perspektivy. *Aktual'nye problemy sovremennoego mezhdunarodnogo prava: materialy XII ezhegodnoi mezhd. nauchno-praktich. konferentsii pamiati prof. I.P. Blishhenko*. A.H. Abashidze (ed.). Moscow: RUDN, 564 pp. (in Russian)
- Bordachjov T.V. (2015) Novoe evraziistvo. *Rossiiia v global'noi politike*, no 5. Available at: [//www.globalaffairs.ru/number/Novoe-evraziistvo-17754](http://www.globalaffairs.ru/number/Novoe-evraziistvo-17754) (accessed: 10.09.2016)
- Davletgil'deev R.S. (2013) K voprosu o podkhodakh k fragmentatsii mezhdunarodnogo prava. *Rossiiskii juridicheskii zhurnal*, no 3. Available at: <http://base.garant.ru/57741390/> (accessed: 10.09.2016)
- Doklad Mezhdunarodnogo diskussionnogo kluba "Valdai" (2015) "K Velikomu Okeanu. 3 ekonomicheskii poias Shelkovogo putii. Prioritety sovmestnogo razvitiia evrazijskikh gosudarstv"...* Moscow, 25 pp.
- Drezner D. (2009) *Regime Proliferation and the Tragedy of the Global Institutional Commons*. 32 pp. Available at: http://fletcher.tufts.edu/~lmedia/Fletcher/Microsites/Fila/PDFs/FILA_Discussion_Paper_No_0109.pdf (accessed: 10.09.2016)
- Dupuy P. (2007) A Doctrinal Debate in the Globalization Era: On the "Fragmentation" of International Law. *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, pp. 25–41. Available at: <http://www.ejls.eu/1/4UK.pdf> (accessed: 10.09.2016)
- Gusejnov O.R. (2015) Mezhdunarodnaia ekonomicheskaia integratsiia v sfere mezhdunarodnogo prava. *Evrasiiskii juridicheskii zhurnal*, no 1. Available at: http://weurasialaw.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=7080:2015-02-26-09-22-04&catid=109:2010-06-17-09-48-32 (accessed: 10.09.2016)
- Hafner G. (2000) *Riski fragmentatsii mezhdunarodnogo prava // Ezhegodnik Komissii mezhdunarodnogo prava*, vol. II, 369 pp.
- Lavranos N. (2009). The Brazilian Tyres Case: Trade Supersedes Health. *Trade, Law and Development*, vol. 1, no 2, pp. 191–230.
- Leben C. (2010) *The Advancement of International Law*. Oxford: Hart Publishing, 339 pp.
- Lomakin V.K. (2007) *Mirovaia ekonomika. Uchebnik* [The Global Economics. Textbook]. Moscow: Unity-Dana, 672 pp. (in Russian)
- Pauwelyn J. (2004) Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands, *Michigan Journal of International Law*, no 25, pp. 905–915.
- Pauwelyn J. (2007) Legal Avenues to "Multilateralizing Regionalism": Beyond Article XX (2012). Geneva, 35 pp. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/con_sep07_e/pauwelyn_e.pdf (accessed: 10.09.2016).
- Platsas A. (2012) The Idea of Legal Convergence and Electronic Law. *Values and Freedoms in Modern Information Law & Ethics*, pp. 679–688.
- Plotnikov A.V. (2013) Evolutsiia doktrinal'nykh podhodov k ponimaniju i otsenke fragmentatsii mezhdunarodnogo prava. *Rossiiskii juridicheskii zhurnal*, no 3, pp.15–19.
- Slaughter A.M. (2004) *A New World Order*. Oxford: University Press, 341 pp.
- Smbatjan A.S. (2011) WTO i regional'nye integratsionnye ob'edineniia: so otnoshenie "pravovykh sil" v uregulirovanii torgovykh sporov. *Rossiiskii vneshnii ekonomicheskii vestnik*, 8th edition.
- Vinokurov E.J., Libman A.M. (2012) *Evraziiskaia kontinental'naia integratsiia*. [Euroasian Economic Integration]. Saint Petersburg: Vesti, 224 pp. (in Russian)

Концепция суверенитета государства в условиях глобализационных и информационно-коммуникационных процессов



Л.В. Терентьева

доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Адрес: 123242, Российская Федерация, Москва, Садовая-Кудринская ул., 9. E-mail: terentevamila@mail.ru



Аннотация

В статье исследуется концепция суверенитета государства в условиях глобализационных процессов, порождающих не только экономическую, но и политическую взаимозависимость государств, а также в условиях развития информационно-коммуникационного пространства, трансграничность которого означает вызовы государствам на предмет определения их юрисдикции в отношении сетевых сегментов. В статье раскрывается поляризация доктринальных мнений о степени воздействия данных процессов на государственный суверенитет, исследованы вопросы отчуждаемости, ограничения, деления суверенитета. Автор подвергает критике как постпозитивистскую концепцию суверенитета, исходящую из того, что суверенитет перестает быть важнейшим признаком или свойством национального государства в условиях глобализации, интеграции государств и правовых систем, а также с развитием информационно-коммуникационных технологий, так и концепцию, обосновывающую необходимость переосмысления понятия суверенитета и его ограничения. Связанность государства социально-политическими, экономическими и иными обязательствами как на внутренней, так и на внешней арене оказывают воздействие не на суверенитет как международно-правовой принцип, а на реализацию суверенных прав государства через совокупность его властных полномочий. При этом принцип суверенного равенства государств остается неизблевым при фактическом неравенстве государств, которое обусловлено различными политическими, экономическими, информационными и иными факторами. В статье обосновывается отсутствие практической и теоретической необходимости деления суверенитета на различные категории: экономический, политический, налоговый, сетевой, цифровой и т.д., ввиду противоречия делимости суверенитета его природе, а также нецелесообразности изучения суверенитета в зависимости от сфер его реализации, которых может быть сколько угодно. Обосновывается, что развитие информационно-компьютерных и телекоммуникационных технологий, оказывающих влияние на пространственно-временные и национальные границы, видоизменяют правовые формы реализации государственной власти. В связи с этим проверка на способность отвечать современным вызовам информационного общества, интересы которого реализуются вне пределов определенных территорий, должны пройти такие категории, как юрисдикция и территория государства.



Ключевые слова

суверенитет, юрисдикция, государство, государственная власть, суверенные права, территориальное верховенство, территориальный суверенитет.

Библиографическое описание: Терентьева Л.В. Концепция суверенитета государства в условиях глобализационных и информационно-коммуникационных процессов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 187–200.

JEL: K1; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.187.200

Суверенитет государства воздействует на многие сферы общественной жизни, в результате чего смысловое значение данного термина становится объектом исследования различных общественных наук: юриспруденции, политологии, социологии, экономики. Изначально суверенитет существовал как политическое явление, впоследствии эволюционировал в политико-правовую плоскость и получил конституционно-правовое закрепление. В связи с этим суверенитет как правовая категория рассматривается преимущественно в рамках международного и конституционного права. Международное значение суверенитет как принцип международного права для ряда государств в пределах их территории получил с подписанием Вестфальского мира (1648), ознаменовавшего окончание европейской Тридцатилетней войны. Его условиями были утверждены верховенство, независимость, самостоятельность государства на всей его территории, провозглашен принцип невмешательства во внутренние дела государств. В настоящее время на международном уровне не закреплено понятия суверенитета государства, но в Уставе ООН содержится принцип суверенного равенства государств как один из основополагающих принципов международного права.

За последние десятилетия дискуссия относительно концепции суверенитета государства стала приобретать новое звучание, обусловленное рядом объективных факторов. К их числу можно отнести глобализационные процессы, которые выходят далеко за рамки экономической интеграции и порождают не только экономическую, но и политическую взаимозависимость государств. Также к числу объективных факторов, видоизменяющих концепцию суверенитета, относят информационно-коммуникационное пространство, развитие которого ставит вызовы перед государствами на предмет определения своей юрисдикции в отношении сетевых сегментов. Помимо объективных глобализационных и информационных процессов к причинам, обуславливающим переосмысление концепции суверенитета, относится ряд иных рукотворных факторов как, например, прямое и косвенное нарушение суверенитета, универсализация прав и свобод человека, приоритет и верховенство наднациональных институтов и норм. В последнее время получил распространение «демократический аргумент», приобретший актуальность в связи с мощными интеграционными процессами в странах Запада (особенно в рамках Евросоюза): принятие ключевых решений переносится с национального на надгосударственный уровень ради сохранения демократии¹.

Значимость воздействия данных процессов на государственный суверенитет неоднозначно оценивается в литературе; зачастую авторы занимают прямо противоположные позиции, которые могут иметь идеологический оттенок. Имеется в доктрине также ряд расхождений относительно включения отдельных аспектов в понятие суверенитета, его отчуждаемости, ограничения, деления суверенитета в зависимости от сферы его реализации: экономический, политический, информационный, налоговый и т.п. Само понятие «суверенитет», как отмечает Г.И. Мусихин, также неоднозначно до такой степени, что не существует консенсуса даже по поводу того, является ли данное понятие

¹ Мусихин Г.И. Классификация теорий суверенитета как попытка преодоления «концептуального эгоизма» // Общественные науки и современность. 2010. № 1. С. 64–78.

дискуссионным или бесспорным в своей основе. В то же время автор объясняет данное явление особенностями понятийного аппарата, относящегося к суверенитету, поскольку суверенитет тесно ассоциируется с такими категориями, как государство, власть, авторитет, право и политика².

Между тем в отношении содержательных признаков в понятии «суверенитет» в доктрине наблюдается относительное единодушие. В многочисленных определениях суверенитета подчеркивается преимущественно верховенство и независимость государства внутри своей территории и по отношению к другим государствам³. При этом независимость государства трактуется как его полная самостоятельность в решении внутренних и внешних проблем, в формировании и осуществлении внешней политики государства, в установлении и развитии на равноправной основе отношений с другими суверенными государствами⁴. На основании данного определения в литературе разграничивают внутренние и внешние проявления суверенитета: единую волю государства на внутренней арене, проявляющуюся в установлении его законов, и его единую волю в его отношениях с другими государствами⁵.

Небесспорны определения суверенитета, в которых подчеркивается, что суверенитет является признаком государственной власти, а не государства. Так, в диссертации Н.И. Грачева суверенитет определен как «признанная государствообразующим народом (легитимная), внешне непроемкая, постоянная, юридически неограниченная верховная власть, обладающая универсальным полномочием на управление государством в целом и концентрирующая монопольное право на принятие окончательных решений по всем вопросам общегосударственного значения»⁶. Используемая в определении формулировка «юридически неограниченная верховная власть» не вполне согласуется с международным и внутренним правом, которое признает за государственной властью независимость, но в то же время предписывает определенные ограничения при реализации этой власти. Похожим образом суверенитет определен в работе Н.И. Палиенко в качестве «свойства государственной власти, сферой распространения которой в свою очередь является территория государства, т.е. пространственный предел властвования, населения, живущего в пределах этой территории... и всей внешней стороной жизни населения, доступной правовому государству...»⁷.

Тезис о государственной власти как носителе суверенитета справедливо оспаривается в литературе как противоречащий другому тезису, в котором говорится о единстве

² Там же.

³ Баглай М.В., Габричидзе Б.И. Конституционное право Российской Федерации. М., 1996. С. 125; Кокошин А.А. Реальный суверенитет в современной микрополитической системе. М., 2006. С. 47–57; Макуев Р.Х. Несостоятельность идеи «ограниченного суверенитета» // Государство и право. 2008. № 9. С. 23–29; Тункин Г.И. Основы современного международного права. М., 1956. С. 15; Левин И.Д. Суверенитет. М., 1948 (цит. по переизданию: СПб., 2003); Ушаков Н.А. Суверенитет и его воплощение во внутригосударственном и международном праве // Московский журнал международного права. 1994. № 2; Кузьмин Э.Л. О государственном суверенитете в современном мире // Журнал российского права. 2006. № 3. С. 84–94; Международное право / под ред. А.А. Ковалева, С.В. Черниченко. М., 2008. С. 151.

⁴ Марченко М.Н. Проблемы общей теории государства и права. Т. 1. М., 2016.

⁵ Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 363; Отпенгейм Л. Международное право. Т. 1. Мир. Полут. 1. М., 1948. С. 130.

⁶ Грачев Н.И. Государственное устройство и суверенитет в современном мире: вопросы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 10.

⁷ Палиенко Н.И. Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение. М., 1903. С. 438.

государственного суверенитета как правового качества, присущего именно государству⁸. Авторы подчеркивают, что суверенитет может быть признаком именно государства, а не государственной власти, которая будучи производной от «своего» государства, сама по себе не обладает суверенитетом, а наделяется в лице органов, ее осуществляющих, лишь определенными, обусловленными соотношением социально-политических сил в обществе и многими другими факторами, полномочиями⁹. Суверенитет может быть практически реализован через государственную власть, но ею не является. Концепция о суверенитете как сущностной характеристике государства, а не государственной власти была обоснована Т. Гоббсом в одной из первых теорий суверенитета на государственном уровне: суверенитет имеют не властители и не подвластные, но государство как таковое¹⁰.

Таким образом, суверенитет является неотъемлемым правовым качеством государства¹¹, а не государственной власти.

Как было отмечено, в современную эпоху финансово-экономической, и, как следствие, политической взаимосвязи и взаимозависимости государств концепция суверенитета государства становится предметом пристального внимания многочисленных ученых. При этом предметом рефлексии становятся не столько содержательные признаки традиционного понятия суверенитета (верховенство и независимость государства внутри своей территории и по отношению к другим государствам), сколько вопрос о степени значимости суверенитета государства и об устойчивости концепции суверенитета в современных условиях, когда независимости государства в пределах его территории и на международной арене противостоит взаимозависимость государств в экономической, информационной и политической сферах.

Именно данные обстоятельства обусловили возникновение новой постпозитивистской концепции суверенитета, которая исходит из того, что суверенитет перестает быть важнейшим признаком или свойством национального государства в условиях глобализации, интеграции государств и правовых систем¹². Радикальность данной концепции заключается не в снижении значимости суверенитета и, как следствие, снижении роли государства в мировой политике, а в необходимости отказа от самого института государственности, который в эпоху глобализации фактически должен исчезнуть, и передачи правления наднациональным структурам: транснациональным, межправительственным и неправительственным институтам. Идеи «конца суверенитета» должны демонстрировать живучесть и получать новое дыхание с каждым следующим вызовом мировому сообществу, которым на сегодняшний день являются глобализация и существующее вне государственных границ информационно-коммуникационное пространство. В любых возможных изменениях общественных отношений, вызванных экономико-технологическими, политическими, социальными, и иными факторами, апологеты

⁸ Марченко М.Н. Указ. соч. // СПС Гарант; Черниченко С.В. Делим ли государственный суверенитет? // Евразийский юридический журнал. 2010. № 12. С. 25–31.

⁹ Марченко М.Н. Указ. соч. // СПС Гарант.

¹⁰ Гоббс Т. Сочинения Т. 2. М., 1991. С. 134.

¹¹ В указанной статье С.В. Черниченко ставится вопрос, является ли суверенитет признаком или правовым качеством государства. По мнению автора, «определенные признаки государства неотъемлемы от государства как социального феномена.... Государственный суверенитет появляется только тогда, когда созревают для его появления внутренние, а потом и внешние причины в развитии общества..... Возникла стойкая необходимость в признании этого качества или свойства государства, в конечном счете, для упорядочивания межгосударственных отношений. Без такого признания упорядочивание межгосударственных отношений было бы невозможным». См.: Черниченко С.В. Указ. соч. С. 25–31.

¹² Falk R. Sovereignty / The Oxford Companion to Politics of the World. New York–Oxford, 1993. P. 853; Agamben G. Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life. Stanford, 1998.

данной теории будут видеть все новые признаки десуверенизации и исчезновения государственных институтов.

Между тем, несмотря на распространение постпозитивистской концепции государственного суверенитета в зарубежной литературе, ее несостоятельность подтверждается не только отсутствием четкой аргументации, но и фактической нежизнеспособностью. Международные наднациональные органы, которым согласно данной теории государства должны делегировать полномочия по управлению, в настоящее время демонстрируют неэффективность, фактически реализуя вопреки международному праву политический заказ группы государств. С точки зрения теории управления неэффективность управления наднациональными политическими институтами, заменяющими национальные, продемонстрирована в работе О.Н. Тыняновой¹³. Автор подчеркивает, что любой наднациональный политический институт, заменяющий национальные политические институты и создаваемый как «размыкающий» контур региона (макрорегиона), обречен на управленческое фиаско. Мировая система, по мнению автора, управляемая «мировым правительством», в силу существенного снижения внутрисистемного разнообразия оказалась бы чрезвычайно нестабильной.

Наряду с концепцией, умаляющей значение суверенитета так такового, в доктрине имеют место две полярные позиции относительно необходимости переосмысления и ограничения концепции суверенитета в современных условиях. К первой группе относятся авторы, отрицающие необходимость трансформации концепции и относящие суверенитет к важнейшим, сущностным статичным признакам государства¹⁴. Ко второй группе принадлежат авторы, обосновывающие необходимость переосмысления понятия суверенитета и его ограничения в современных условиях¹⁵. Так, А.А. Самарин отмечает, что публично-правовой характер глобализационных процессов изменил объем суверенных прав государств, уменьшая суверенные права отдельных государств в пользу увеличения прав негосударственных субъектов. По мнению автора, данный фактор способствует возрастанию объема экстерриториальной юрисдикции, так как связь территории и права осуществляется именно государством¹⁶. А.Н. Кольцов в экономическом, политическом, научно-техническом, экологическом и информационном сближении государств видит рост взаимозависимости государств, что приводит к ослабеванию их суверенитета¹⁷. По мнению М.Н. Марченко, государственный суверенитет выступает фундаментальной категорией, без которой невозможно подтверждение сущности и содержания государственного механизма, но под воздействием процесса глобализации, равно как и иных происходящих в мире процессов, государственный суверенитет не остается неизменным¹⁸.

¹³ Тынянова О.Н. Национальный суверенитет и государственные границы в эпоху глобализации // Век глобализации. 2010. №1. С. 89–104.

¹⁴ Черниченко С. В. Указ соч. С. 25–31; Галушко Д.В. О суверенитете государства в международном праве // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2013. № 1 (14). С. 366–374; Моисеев А.А. Соотношение суверенитета и надгосударственности в современном международном контексте глобализации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 26.

¹⁵ Курочкин А.В. Трансформация государственного суверенитета в условиях становления сетевого общества [Электронный ресурс]: // URL: www.gramota.net/materials/3/2012/12-3/24.html (дата обращения: 4.11.2016)

¹⁶ Самарин А.А. Право и экстерриториальность в условиях глобализации // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. № 1 (102). С. 115–124.

¹⁷ Кольцов А.Н. О глобализации и суверенитете государств // Вестник Чувашского университета. 2004. № 1. С. 50–53.

¹⁸ Марченко М.Н. Указ соч. // СПС Гарант.

Развитие информационно-коммуникационных технологий также способствовало видоизменению функционирования традиционных элементов государства и общества. В результате расширения коммуникационных границ снижается значимость пространственно-временных и национальных границ. В информационном пространстве формируются как положительные, так и отрицательные последствия для общества и государства. К последним, безусловно, можно отнести риски информационной безопасности, угроза которой сложилась в результате распространения электронной коммуникации. В некоторых публикациях использование информационных технологий и Интернета отнесено к новому типу оружия, который развивают на протяжении последнего десятилетия мировые державы: США, Россия и Китай¹⁹. Возможность интернет-ресурса затрагивать интересы любых лиц в любой точке земного шара, трансграничный характер Сети и ограниченная территориальная компетенция каждого отдельного государства представляют одну из проблем при реализации государством властных полномочий. В связи с этим в доктрине высказана точка зрения, что, будучи альтернативным пространственным измерением, киберпространство является фактором разрушения Вестфальской системы, в том числе и трансформации ее стержня — института суверенитета. Авторы объясняют это ограниченным влиянием государственной власти на виртуальное сообщество²⁰.

Можно ли утверждать, что все перечисленные факторы оказывают воздействие на сам суверенитет как международно-правовой принцип? Можно ли согласиться с бытующими в зарубежной и отечественной литературе воззрениями, что государственный суверенитет как политико-правовая категория изживает себя, поскольку процесс суверенизации государств не совместим с процессом глобализации и интеграции государств, а также с развитием информационно-коммуникационных технологий?

Допустить данное предположение — значит признать концепцию делимости и ограничения суверенитета, в отношении которой в доктрине также имеет место поляризация мнений. Так, возможность ограничения суверенитета прослеживается в работах М.Н. Марченко, который выделяет два аспекта в содержании суверенитета как явления: формально-юридический, отражающий политико-правовую форму государственного суверенитета, и фактический, который выражает его материальное содержание: политическое, социальное, экономическое и иное²¹. Вопрос о делимости и отчуждаемости суверенитета может, по его мнению, касаться лишь его фактической, материализованной в полномочиях преимущественно высших юридических органов стороны, но не формально-юридической стороны. В формально-юридическом смысле суверенитет государства нельзя подвергать сомнению даже в случае его материализованного деления или отчуждения до тех пор, пока существует государство²².

Данная концепция спорна в силу невозможности сохранения формально-юридической стороны суверенитета при деформации содержания (фактической стороны суверенитета), о чем справедливо пишет М.М. Руденков²³. В то же время, оспаривая позицию

¹⁹ Полицартов В.С., Полицартова Е.В. Проблема информационного суверенитета в России // Информационное противодействие угрозам терроризма. 2014. № 23. С. 285–290; Кларк Р., Нейк Р. Третья мировая война: какой она будет? Спб., 2011. С. 4.

²⁰ Шарифов М.Ш. Суверенная власть в киберпространстве и в сетевом пространстве // Современное право. 2009. № 6. С. 40–44.

²¹ Марченко М.Н. Указ. соч. // СПС Гарант.

²² Там же.

²³ Руденков М.М. Актуальные проблемы теории государственного суверенитета: к вопросу о делимости или неделимости суверенитета // Вестник юридического факультета Коломенского филиала Московского машиностроительного университета. 2011. № 6. С. 49–51.

М.Н. Марченко, М.М. Руденков отмечает, что вопросы суверенитета теснейшим образом связаны с международным правом²⁴. Данная позиция также нуждается в уточнении, а именно, отводит ли автор роль ограничителя суверенитета современному международному праву, как это имеет место в ряде доктринальных источников. Так, Э.Л. Кузьмин отмечает, что именно современное международное право исключает нелегитимное применение силы в качестве средства решения спорных проблем, создавая соответствующие нормы и механизмы (например, п. 7 ст. 2 Устава ООН, где оговорен принцип невмешательства во внутренние дела государства в качестве нормы *jus cogens* с оговоркой, которая дает возможность Совету Безопасности ООН в порядке гл. VII Устава осуществлять принудительные меры, неизбежно предполагающие серьезные ограничения суверенитета государства при наличии с его стороны угрозы миру или акта агрессии)²⁵. На этом основана концепция относительного суверенитета, который находится в соответствии с международным правом²⁶. В.Иванов отмечает, что факт вступления государства в международное (межгосударственное) общение — заключение договоров, участие в деятельности международных организаций и т. п. — фактически обозначает «десуверенизацию» государства, поскольку автоматически влечет ограничение суверенитета обязательствами перед другими суверенами, которые тоже ограничивают свои суверенитеты²⁷.

Ряд исследователей роль ограничителя суверенитета отводят действующему праву — и внутреннему и международному, которое ограничивает не только индивидов, но и деятельность государства²⁸. При этом правовое самоограничение государства также имеет пределы. Действующее законодательство, как отмечает А.К. Котов, может настолько ограничивать, связывать государственный суверенитет, насколько оно не противоречит Основному закону страны²⁹.

Здесь необходимо отметить, что в настоящее время вряд ли можно говорить о возможном размывании государственного суверенитета РФ в условиях участия России в деятельности международных организаций и международных договоров, принимая во внимание Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14.07.2015 № 21-П. В этом документе указано, что заключение Российской Федерацией международных договоров и участие в межгосударственных объединениях не означает ее отказа от государственного суверенитета, относящегося к основам конституционного строя и предполагающего верховенство, независимость и самостоятельность государственной власти, полноту законодательной, исполнительной и судебной власти государства на всей его территории и независимость в международном общении, а также являющегося необходимым качественным признаком РФ, характеризующим ее конституционно-правовой статус³⁰.

²⁴ Там же.

²⁵ Кузьмин Э. Л. Указ. соч. С. 84–94.

²⁶ Фердросс А. Международное право. М., 1959. С. 26.

²⁷ Иванов В. Государство и суверенитет. Спор о суверенитете // Русский журнал. 2009. 28 сентября [Электронный ресурс]: URL: // <http://www.russ.ru/Mirovaya-povestka/Gosudarstvo-i-suverenitet> (дата обращения: 10.11.2016)

²⁸ Троицкая А.А. Государственный суверенитет: ограничение или трансформация содержания // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 10. С. 5–11; Абдулаев М.И. Теория государства и права. М., 2004. С. 29.

²⁹ Котов А.К. Государственный суверенитет Республики Казахстан: политико-правовой анализ становления и проблемы национально-государственного развития: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. Алматы, 1994. С.18.

³⁰ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14.07.2015 № 21-П // Российская газета. № 6734 (163).

В Постановлении отмечено, что решение международного органа не может считаться обязательным для исполнения, если в результате толкования конкретного положения Конвенции о защите прав человека и основных свобод, на котором основано Постановление, осуществленного в нарушение общего правила толкования договоров, смысл этого положения разоидется с императивными нормами общего международного права (*Jus cogens*), к числу которых безусловно относятся принцип суверенного равенства и уважения прав, присущих суверенитету, а также принцип невмешательства во внутренние дела государств. Также отмечена возможность противоречия международного договора, который изначально при присоединении к нему России и по его буквальному смыслу, и по смыслу, придававшемуся ему в процессе применения межгосударственным органом, соответствовал Конституции России, но впоследствии посредством толкования (особенно при высокой степени абстрактности его норм, присущей, в частности, Конвенции о защите прав человека и основных свобод) был содержательно конкретизирован таким образом, что вступил в противоречие с положениями Конституции России, прежде всего относящимися к правам и свободам человека и гражданина, а также к основам конституционного строя, в том числе государственному суверенитету и высшей юридической силе Конституции Российской Федерации³¹.

Связанность суверенитета с императивными нормами международного права и нормами национальных конституций в большей степени следует рассматривать не в качестве ограничителей суверенитета государств, а как добровольно принимаемые государствами обязательства по реализации внешней и внутренней политики. В.В. Гаврилов отмечает, что международные договоры, ориентированные на регулирование отношений, складывающихся в пределах одного государства, необходимо рассматривать в качестве меры согласования волеизъявления различных стран, проистекающей из суверенитета³².

Безусловно, государство самостоятельно, на добровольных началах определяет тот круг вопросов, в отношении которых могут быть заключены договорные отношения другими государствами. При этом необходимо отметить, что на разных временных этапах круг вопросов, вынесенный в плоскость международно-правового регулирования, имел неодинаковый объем и содержание, что диктовалось исторической необходимостью, состоянием экономики, политической конъюнктурой и иными внутренними и внешними факторами. Можно ли в связи с этим говорить о том, что на разных исторических этапах государство осуществляло ограничение суверенитета, при том, что данное ограничение не носило равномерного характера, поскольку, как было указано, государство передавало неодинаковый перечень вопросов в сферу регулирования международным правом? Можно ли также говорить о разной степени ограничения суверенитета государств в рамках одного и того же исторического периода в силу того, что они связаны неодинаковым кругом международных договоров?

С.В. Черниченко справедливо замечает, что нельзя понимать буквально механизм ограничения суверенитета в результате заключения международных договоров, поскольку в противном случае придется признать, что разные государства, будучи связанными различными международными договорами, имеют и различный объем своих суверенитетов³³. Автор делает акцент на суверенных правах (полномочиях), которые

³¹ Там же.

³² Гаврилов В.В. Международное право в эпоху глобализации: некоторые понятийные и содержательные характеристики // Московский журнал международного права. 2002. № 3. С. 188.

³³ Черниченко С.В. Указ. соч. С. 25–31.

могут быть ограничены нормами международного права, а не на самом суверенитете, представляющим собой основу суверенных прав. С.В. Черниченко и А.А. Моисеев допускают количественное измерение в понятии государства, но лишь как набор определенных прав и полномочий (правоспособности государства)³⁴. Поддерживая данную позицию, Д.В. Галушко говорит о возможном ограничении или делегировании прав государства, вытекающих из суверенитета, который не может быть ограничен. При этом, подчеркивает автор, такого рода согласие государства возможно исключительно на добровольной основе³⁵.

А.А. Моисеев трактует понятие государственного суверенитета как качественную категорию, носящую абсолютный характер, не поддающуюся количественному измерению³⁶. По мнению Ю.М. Колосова, передача суверенных прерогатив никоим образом не влечет за собой каких-либо отрицательных, угрожающих последствий для суверенитета как неизменного качественного свойства государства, в силу которого оно способно на все больший и больший объем последовательных уступок полномочий; напротив, она ведет к утверждению его приоритетного значения по отношению к иным проявлениям государственности³⁷.

Соглашаясь с вышеуказанными позициями, необходимо отметить, что сама по себе концепция ограничения суверенитета предполагает, что соответствующая категория состоит из структурных частей, которые могут быть делимы как съёмные блоки. Между тем государственный суверенитет относится к качественной, статичной категории, которая не предполагает использования таких количественных показателей в отношении суверенитета как размер, объем, полнота или неполнота. Данное обстоятельство позволяет связывать с понятием «государственный суверенитет» такие его свойства, как единство и неотчуждаемость, которые являются сущностными признаками государства, отмеченные еще в работах Ж.-Ж. Руссо³⁸.

В равной степени данная аргументация может быть использована при решении вопроса о степени влияния глобализационных, информационных и иных процессов в обществе на концепцию суверенитета. Признание довода, что глобализационные, информационные и иные процессы общественной жизни должны влиять на концепцию суверенитета, приводит к выводу, что суверенитет может быть ограничен. Поскольку понятие «государственный суверенитет» лежит в основе таких общепризнанных принципов международного публичного права, как суверенное равенство государств, взаимное уважение государственного суверенитета, невмешательство во внутренние дела друг друга и др., то возможность ограничения самого суверенитета не может не приводить и к деформации указанных принципов.

Любые ограничения суверенитета как международно-правового принципа суверенного равенства государств, верховенства, независимости государства внутри страны и в межгосударственных отношениях могут привести размыванию концепта суверенитета и поставить под угрозу само существование государства. Здесь следует привести высказывание С.В. Хмельского, полагающего, что концепция функционального (ограниченного) суверенитета государства придумана чтобы скрыть претензии США, иных стран «циви-

³⁴ Там же.

³⁵ Галушко Д.В. Указ. соч. С. 366–374.

³⁶ Моисеев А.А. Указ. соч. С. 26.

³⁷ Колосов Ю.М. К вопросу о примате международного права // Международное право в современном мире. М., 1991. С. 8.

³⁸ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М., 1908. С. 168.

лизованного» Запада на мировое господство в современном мире, тогда как реальный суверенитет государства в международном публичном праве не может проявляться частично (по аналогии с беременностью в биологии) — либо он есть, либо его нет³⁹.

В связи с этим ставить вопрос об ограничении суверенитета в условиях глобализационных, интеграционных и информационных процессов невозможно. Но в то же время, принимая во внимание расширение круга коллективных интересов государств и всего международного сообщества в условиях глобализации, допускающих определенные добровольные ограничения функций суверенных государств с целью достижения государственных интересов, авторы допускают возможность ограничения или делегирования прав государства, вытекающих из суверенитета государства как первичного субъекта международного права, причем исключительно с его согласия на добровольной основе⁴⁰. Основываясь на концепции передачи суверенных прав, а не самого суверенитета, С.В. Черниченко приходит к выводу, что принцип суверенного равенства государств (включая и уважение к государственному суверенитету) не является помехой на пути глобализации⁴¹.

В литературе зачастую суверенитет подразделяют на различные категории: экономический, политический, налоговый, сетевой, цифровой и т.п.⁴² Как отмечает О.Ч. Реут, использование указанных прилагательных по отношению к суверенитету не противоречит концепции суверенитета и позволяет уточнить ту или иную сторону концепта⁴³. При этом экономический, политический, информационный суверенитет, как правило, определяется в литературе в едином ключе: верховенство государства на всей его территории и соответствующее подчинение власти государства всех лиц и организаций в пределах государственной территории в экономической, политической, информационной и иной сферах⁴⁴.

В юридической литературе обосновано определение «сетевого суверенитета», под которым авторы понимают право государства на формирование и осуществление национальной политики по контролю и регулированию на своей территории деятельности социальных сетевых структур, а также на пресечение на территории других стран деятельности сетевых структур, направленной на нарушение собственных конституционных основ и конституционной безопасности⁴⁵. Предложено понятие «цифровой суверенитет», под которым предлагается понимать право и возможность национального правительства самостоятельно и независимо определять и внутренние и геополитические национальные интересы в цифровой сфере, а также проводить самостоятельную внутреннюю и

³⁹ Хмелевский С.В. Государственный суверенитет: понятие, содержание, актуальные теоретические и практические проблемы реализации // Пробелы в российском законодательстве. 2015. № 4. С. 281–289.

⁴⁰ Галушко Д.В. Указ. соч. С. 366–374; Моисеев А.А. Указ. соч. С. 26.

⁴¹ Черниченко С.В. Указ. соч. С. 25–31.

⁴² Шахматев А.А. Налоговый суверенитет и налоговая юрисдикция государства // Современное право. 2013. № 3. С. 76–81; Хаванова И.А. Фискальный (налоговый) суверенитет и его границы в интеграционных образованиях // Журнал российского права. 2013. № 11 (203). С. 41–51; Избулатов Х.Х. Методологический инструментальный политико-правового исследования понятия «экономический суверенитет» // Философия права. 2007. № 3. С. 139–141; Кириленко В.П., Алексеев Г.В. Проблема государственного суверенитета в современных геополитических условиях // Управленческое консультирование. 2016. № 3 (87). С. 14–23.

⁴³ Реут О.Ч. Прилагательные суверенитета. Суверенитет как прилагательное // Полис. Политические исследования. 2007. № 3. С. 115–124.

⁴⁴ Кудряшова Е.В. Юрисдикция (суверенитет) государств и налоговый иммунитет в области косвенного налогообложения // Финансовое право. 2005. № 10; Избулатов Х.Х. Указ. соч. С. 139–141.

⁴⁵ Шарифов М.Ш. Указ. соч. С. 40–44.

внешнюю информационную политику, распоряжаться собственными информационными ресурсами, инфраструктурой национального информационного пространства, гарантировать электронную и информационную безопасность государства⁴⁶.

С.В. Черниченко отмечает тщетность попыток деления суверенитета на различные составляющие (экономический, политический, информационный суверенитет) ввиду трудности составления их примерного перечня и определения каждого из этих видов суверенитета. С данной позицией сложно согласиться, поскольку ключевым определением в данных сочетаниях является категория «суверенитет государств», а именно верховенство, независимость государства внутри страны и в межгосударственных отношениях. Что касается дополнительных определений суверенитета: информационный, экономический, финансовый, налоговый и т.п., то в данных определениях каждая из соответствующих сфер без труда может быть детализирована. Другой вопрос, есть ли в этом практическая и теоретическая необходимость ввиду того, что соответствующих сфер может быть сколько угодно, и отражение специфики реализации государственной власти в каждой из них вряд ли может считаться целесообразным и не способно воспроизвести целостную картину суверенитета как концепта. Кроме того, деление суверенитета на несколько категорий подразумевает делимость суверенитета, что противоречит его природе, которая проявляется в целостности и неделимости.

В то же время невозможно отрицать воздействие вышеописанных факторов на осуществление государством своих суверенных прав. Так, В. Иванов пишет, что если государство ограничено моральными и нравственными нормами, культурными традициями, политическими обычаями, всей политической, социальной и экономической реальностью, заставляющей принимать одни совершенно конкретные решения и обязательно воздерживаться от других, то оно *a priori* перестает быть сувереном. На этом основании автор объявляет суверенитет фикцией и фетишем и делает вывод, что не суверенитет делает государство государством, но претензия на суверенитет⁴⁷.

Как представляется, связанность государства политическими, экономическими, социальными, экономическими и иными обязательствами, как на внутренней, так и на внешней арене оказывают воздействие не на сам суверенитет как международно-правовой принцип, а на реализацию суверенных прав государства, при этом принцип суверенного равенства государств остается неизменным. В связи с этим можно говорить о суверенном равенстве как о декларативном принципе, который предполагает юридическое равенство государств при возможном фактическом неравенстве, которое может быть обусловлено различными политическими, экономическими, информационными и иными факторами.

В статье С.В. Черниченко отмечено, что фактически государства не могут быть равны друг другу ни в военном, ни в экономическом, ни в каком-либо другом отношении, но как носители суверенитета, как суверенные образования юридически они признаются равными друг другу⁴⁸. Но здесь стоит подчеркнуть, что нормативное закрепление суверенитета не может совпадать с проявлением суверенитета в политической жизни. Как было отмечено в работе Г.И. Мусихина, полное соответствие между нормами права как они есть (нормативный аспект) и реальным поведением индивидов или институтов, для контроля которых правовые нормы создавались (эмпирический аспект), недости-

⁴⁶ Поликарпов В.С., Поликарпова Е.В. Проблема информационного суверенитета в России // Информационное противодействие угрозам терроризма. 2014. № 23. С. 285–290.

⁴⁷ Иванов В. Государство и суверенитет. Спор о суверенитете // Русский журнал. 2009. 28 сентября [Электронный ресурс]: URL: // <http://www.russ.ru/Mirovaya-povestka/Gosudarstvo-i-suverenitet> (дата обращения: 10.11.2016)

⁴⁸ Черниченко С.В. Делим ли государственный суверенитет? С. 25–31.

жимо, поскольку регулирование реального поведения юридическими актами всегда будет относительным состоянием, в котором факт полного регулирования — всего лишь идеальная точка отсчета, недостижимая в действительности⁴⁹.

В связи с этим следует отметить, что мнение о подлинном суверенитете как об «абсолютном фантазме»⁵⁰, в силу того что государство связано политической, социальной и экономической реальностью, которая ограничивает его самостоятельность и независимость, является ложным.

Взаимодействие государств на международном уровне, безусловно, в той или иной степени детерминирует внутренний и внешний курс государств. Они осуществляют поиск компромиссных направлений, корректировки, адаптации своих позиций в экономической, политической, социальной и иной сферах. «Дистиллированное», изолированное бытие государства в международном сообществе в современную эпоху фактически нереализуемо. Но из этого совершенно не следует, что в результате такого взаимодействия государства утрачивают суверенитет.

Государственный суверенитет относится к качественной, статичной категории, которая не предполагает использования таких количественных показателей в отношении суверенитета, как размер, объем, полнота или неполнота. Данное обстоятельство позволяет сделать вывод, что суверенитет в силу единства и неотчуждаемости не может быть ограничен и каким-то образом видоизменен глобализационными, информационными и иными процессами. Отсутствует практическая и теоретическая необходимость в делении суверенитета на категории: экономический, политический, налоговый, сетевой, цифровой и т.д. ввиду того, что соответствующих сфер может быть сколько угодно и отражение специфики реализации государственной власти в каждой из них вряд ли может считаться целесообразным и не способно воспроизвести целостную картину концепта суверенитета. Кроме того, деление суверенитета на несколько категорий подразумевает его делимость, что противоречит его природе, которая проявляется в целостности и неделимости. Развитие информационно-компьютерных и телекоммуникационных технологий способствовало существенному видоизменению функционирования традиционных элементов государства и общества. В результате расширения коммуникационных границ снижается влияние пространственно-временных и национальных границ. Специфика формирования и развития отношений вне территориальных границ, а именно, в виртуальном пространстве (в киберпространстве) может видоизменить правовые формы реализации государственной власти. Между тем данные факторы оказывают воздействие не на сам суверенитет как международно-правовой принцип, а на реализацию суверенных прав государства, при этом принцип суверенного равенства государств остается незыблемым. Готовность адекватного правового воздействия на отношения, складывающиеся в условиях нарастающих экономических, информационных, идеологических, сетевых и иных угроз, должна исследоваться через призму такой юридической категории как реализация суверенных прав государства. Реализовать суверенные права государство способно через совокупность властных полномочий — государственную власть, юрисдикцию, которая на сегодняшний день в большей степени опирается на территориальный принцип, нежели на виртуальную основу. В связи с этим проверку на способность отвечать вызовам информационного общества, интересы которого реализуется вне пределов определенных территорий, должны пройти такие категории как юрисдикция государства и его территория.

⁴⁹ Мусихин Г.И. Указ. соч. С. 64–78.

⁵⁰ Иванов В. Указ. соч.



Библиография

- Баглай М.В., Габричидзе Б.И. Конституционное право Российской Федерации. М., 1996. М.: Инфрам–Кодекс, 1996. 512 с.
- Галушко Д.В. О суверенитете государства в международном праве // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2013. № 1 (14). С. 366–374.
- Гоббс Т. Сочинения. Т. 2. М.: Мысль, 1991. 545 с.
- Грачев Н.И. Государственное устройство и суверенитет в современном мире: вопросы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. 44 с.
- Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М.: Сытин, 1908. 957 с.
- Кириленко В.П., Алексеев Г.В. Проблема государственного суверенитета в современных геополитических условиях // Управленческое консультирование. 2016. № 3. С. 14–23.
- Левин И.Д. Суверенитет. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 373 с.
- Марченко М.Н. Проблемы общей теории государства и права. Т.1. М.: Проспект, 2016. 656 с.
- Палиенко Н.И. Суверенитет. Историческое развитие идеи суверенитета и ее правовое значение. Ярославль: Тип. Губернского правления, 1903. 591 с.
- Самарин А.А. Право и экстерриториальность в условиях глобализации // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. №1. С. 115–124.
- Тункин Г.И. Основы современного международного права. М., 1956. 48 с.
- Фердросс А. Международное право. М.: Издательство иностранной литературы, 1959. 652 с.
- Хмелевский С.В. Государственный суверенитет: понятие, содержание, актуальные теоретические и практические проблемы реализации // Пробелы в российском законодательстве. 2015. № 4. С. 281–289.
- Agamben G. Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life. Stanford: Stanford University Press, 1998. 228 p.
- Falk R. Sovereignty / The Oxford Companion to Politics of the World. New York–Oxford, 1993. P. 851–873.

Concept of Sovereignty in the Conditions of Global and Information Communication Processes



Lyudmila V. Terent'eva

Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russian Federation. Email: terentevamila@mail.ru



Abstract

The main emphasis of this article will be on the concept of state sovereignty in the conditions of globalization processes and development of information and communication space. The paper presents the polarization of scientific approaches regarding the impact of globalization and information processes on the concept of state sovereignty, questions about divisibility and restrictions of state sovereignty. The article criticized the postpositivist concept of sovereignty, which comes from the fact that the sovereignty ceases to be an essential feature of the nation-state in the context of globalization and information processes, integration of states and their legal systems. The article also investigates the concept, justifying the need to review the concept of sovereignty and its limitations in the modern world. The connectivity of states in political, economic, social and other areas have an impact not on the very sovereignty as a principle of international law but on the implementation of the sovereign rights of States. There is no practical and theoretical necessity to divide sovereignty in different categories: economic, political, tax, network, digital, etc., taking into account the integrity of the concept of state sovereignty. It should be added in this connection that there is no

sense to categorize the sovereignty on many areas of its implementation as it is impossible to present a full picture of all areas where the sovereignty may be realized. One more point to be made here is the development of information and computer and telecommunications technologies, have an impact on the legal forms of realization of the state power. These factors have an impact on the realization of the sovereign rights of States which are implemented through a set of power — political power, jurisdiction. In this regard, the jurisdiction of the state and territory are challenges faced by States in order to determine its jurisdiction with regard to network segments.



Keywords

sovereignty, jurisdiction, state, state power, sovereign rights, territorial sovereignty, territorial jurisdiction.

Citation: Terentieva L.V. (2017) Concept of Sovereignty in the Conditions of Global and Information Communication Processes. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 187–200 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.187.200



References

Agamben G. (1998) *Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life*. Stanford: University Press, 228 p.

Baglai M.V., Gabrichidze B.I. (1996) *Konstitutsionnoe pravo Rossiyskoy Federatsii* [Russian Constitutional Law]. Moscow: Infram–Kodeks, 512 p. (in Russian)

Duguit L. (1908) *Konstitutsionnoe pravo. Obshchaya teoriya gosudarstva* [Constitutional Law. The General Theory of State]. Moscow: Sytin, 957 p.

Falk R. (1993) *Sovereignty / The Oxford Companion to Politics of the World*. New York: OUP, pp. 851–873.

Ferdross A. (1959) *Mezhdunarodnoe pravo* [International Law]. M.: Izdatel'stvo inostrannoi literatury, 652 p. (in Russian)

Galushko D.V. (2013) O suverenitete gosudarstva v mezhdunarodnom prave [On State Sovereignty in International Law]. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo*, no 1 (14), pp. 366–374.

Grachev N.I. (2009) *Gosudarstvennoe ustroystvo i suverenitet v sovremennom mire: voprosy teorii i praktiki (Avtoref. Dis. Doct. Yurid. Nauk)* [State and Sovereignty in Modern World: Theory and Practice (Doctor of Juridical Sciences Dissertation Summary)]. Moscow, 44 p.

Hobbs T. (1991) *Sochineniya* [Works]. Moscow: Mysl', 545 p. (in Russian)

Khmelevskiy S.V. (2015) Gosudarstvennyy suverenitet: ponyatie, sodержanie, aktual'nye teoreticheskie i prakticheskie problemy realizatsii [State Sovereignty: Concept, Content, Relevance and Implementation]. *Probely v rossiyskom zakonodatel'stve*, no 4, pp. 281–289.

Kirilenko V.P., Alekseev G.V. (2016) Problema gosudarstvennogo suvereniteta v sovremennykh geopoliticheskikh usloviyakh [State Sovereignty in Modern Geopolitical Realia]. *Upravlencheskoe konsul'tirovanie*, no 3 (87), pp. 14–23.

Levin I.D. (2003) *Suverenitet* [Sovereignty]. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press, 373 p. (in Russian)

Marchenko M.N. (2016) *Problemy obshchey teorii gosudarstva i prava*. [Issues of General Theory of State and Law]. Moscow: Prospekt, 656 p. (in Russian)

Palienko N.I. (1903) *Suverenitet. Istoricheskoe razvitie idei suvereniteta i ee pravovoe znachenie* [Sovereignty. Rise of the Idea and its Legal Meaning]. Yaroslavl': Governor Press, 1903. 591 p. (in Russian)

Samarin A.A. (2015) Pravo i eksteritorial'nost' v usloviyakh globalizatsii [Law and Extraterritoriality in Globalization]. *Vestnik Saratovskoy gosudarstvennoy yuridicheskoy akademii*, no 1 (102), pp. 115–124.

Tunkin G.I. (1956) *Osnovy sovremennogo mezhdunarodnogo prava* [Fundamentals of Modern International Law]. Moscow: Znanie, 48 p. (in Russian)

Формирование концепции информационного суверенитета государства¹



А.А. Ефремов

доцент, ведущий научный сотрудник Центра технологий государственного управления Института прикладных экономических исследований РАНХиГС при Президенте РФ, кандидат юридических наук. Адрес: 119034, Российская Федерация, Москва, Пречистенская набережная, 11. E-mail: efremov-a@ranepa.ru



Аннотация

Статья посвящена сравнительному анализу концепций информационного суверенитета (государственного суверенитета в информационном пространстве) в зарубежной и российской политической и правовой науке, а также их реализации в России. Охарактеризован цикл тенденций к глобализации и суверенизации в правовом регулировании информационных отношений. Выделены доктринальные проблемы определения сущности и содержания информационного суверенитета государства, его отличия от традиционной территориальной привязки государственного суверенитета. На базе анализа практики Конституционного Суда Российской Федерации выделены новые составляющие суверенитета как свойства (признака) государства. Рассмотрены зарубежные подходы к определению содержания информационного суверенитета государства, в том числе современные концепции цифрового суверенитета и суверенитета данных, осуществлена их периодизация, связанная с развитием информационных технологий. Классифицированы российские политико-правовые концепции информационного суверенитета государства — юрисдикционные и технократические. Обоснованы необходимость развития публично-правовой доктрины информационного суверенитета, а также вывод, что реализация государственного суверенитета в информационном пространстве осуществляется посредством информационной функции государства и информационной политики, охарактеризованы научные подходы к содержанию данных категорий. На основе анализа российского законодательства выделены элементы законодательной институционализации государственного суверенитета, в том числе определение сферы его действия, отнесение суверенитета к целям и принципам правового регулирования в соответствующей сфере и его защиты — к полномочиям органов государственной власти. Вскрыто отсутствие в ключевых федеральных законах в сфере информационных отношений законодательной институционализации информационного суверенитета государства. Обоснованы предложения по совершенствованию федерального законодательства.



Ключевые слова

государство, суверенитет, информационное пространство, информационный суверенитет, суверенитет данных, цифровой суверенитет.

Библиографическое описание: Ефремов А.А. Формирование концепции информационного суверенитета государства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 201–215.

JEL: K1; УДК: 342.3, 321.011

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.201.215

¹ Статья подготовлена на основе результатов исследовательской работы, выполненной по итогам конкурса работ сотрудников РАНХиГС в 2016 г.

Современный этап развития правового регулирования общественных отношений во многих сферах характеризуется тенденцией «суверенизации». Глобализационные подходы конца XX — начала XXI вв., связанные с усилением международно-правового регулирования (причем в значительной мере не в форме международных договоров, а документов международных организаций), сменяются возвратом к национально-правовому (внутригосударственному) регулированию, созданием правовых основ для отказов от исполнения, в частности, решений международных судов. Указанная тенденция отчетливо проявляется и в сфере публично-правового регулирования информационных отношений. В Российской Федерации это выражается в изменениях федерального информационного законодательства, связанных с:

- определением механизма ограничения доступа к информации, распространение которой запрещено (Федеральный закон от 28.07.2012 № 139-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»);
- введением требований к организаторам распространения информации в сети Интернет и блогеров (Федеральный закон от 05.05.2014 № 97-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам упорядочения обмена информацией с использованием информационно-телекоммуникационных сетей»);
- введением ограничений, связанные с учреждением средства массовой информации для иностранных лиц (Федеральный закон от 14.10.2014 № 305-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О средствах массовой информации»);
- введением порядка ограничения доступа к информации, обрабатываемой с нарушением законодательства РФ в области персональных данных и требований обеспечить запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение персональных данных граждан РФ с использованием баз данных, находящихся на территории РФ (Федеральный закон от 21.07.2014 № 242-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части уточнения порядка обработки персональных данных в информационно-телекоммуникационных сетях»);
- введением дополнительных требований по хранению информации операторами связи и организаторами распространения информации в сети Интернет (Федеральный закон от 06.07.2016 № 374-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О противодействии терроризму» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности»).

В настоящее время в РФ также идет формирование законодательных инициатив, направленных на обеспечение целостности, непрерывности, стабильности, устойчивости и защищенности функционирования российского национального сегмента информационно-телекоммуникационной сети Интернет² и обеспечения безопасности критической информационной инфраструктуры³. Значительно большее (по сравнению с ранее

² Федеральный закон «О внесении изменений в Федеральный закон «О связи» [Электронный ресурс]: // URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=58851> (дата обращения: 27.01.2017)

³ Внесенные Правительством Российской Федерации 06.12.2016 проекты федеральных законов № 47571-7 «О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации» [Электронный ресурс]: // URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=47571-7](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=47571-7) (дата обращения: 27.01.2017); № 47579-7 «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации»

принятыми) место защите суверенитета РФ в информационном пространстве уделяется и в новейших документах стратегического планирования⁴.

Между тем при принятии указанных федеральных законов выявляются конъюнктурность и ситуативность, связанные со стремлением «отражения угроз» и «защиты суверенитета» без четкой концептуальной основы сущности и содержания информационного суверенитета как политико-правового свойства (признака) государства в современную «цифровую» эпоху.

Следует отметить, что тенденция «суверенизации» свойственна не только России или Китаю (с его «великим китайским файерволлом»), но и, очевидно, в перспективе даже США. Свидетельством является тот факт, что 23.01.2017 новый президент США назначил главой Федеральной комиссии связи известного критика концепции сетевой нейтральности А. Пая⁵.

Актуальность данного исследования обусловлена потребностью в сравнительно-правовом анализе сущности и содержания концепций государственного суверенитета в информационном пространстве (информационного суверенитета государства) в зарубежной и российской политико-правовой науке. Сравнительно-правовой анализ таких концепций основывается на ряде методологических предпосылок, ограничений и допущений. Традиционное понимание государственного суверенитета как верховенства государственной власти внутри страны и ее независимости в международных отношениях может быть применено к информационным отношениям с целым рядом оговорок.

Во-первых, категории «внутри» и «вне» связаны непосредственно с физической (географической) территорией государства и, в ряде случаев, с иными территориями, находящимися под его юрисдикцией. Между тем современные общественные отношения (как экономические, так и информационные) в эпоху Интернета все меньше связаны с территориями. Поэтому для понимания сущности информационного суверенитета необходимо четкое определение сферы (или пространства) его реализации.

В российской правовой науке рассматривается категория «правовое пространство»⁶. Однако при его раскрытии преобладает привязка к территории — под пространством имеют в виду весь объем общественных отношений, возникающих и подвергающихся правовому регулированию в территориальных пределах Российского государства⁷, сферу регламентации юридическими нормами моделей правомерного поведения государства, его составных частей и граждан в границах территории данного государства и конкрет-

Федерации в связи с принятием Федерального закона "О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации"» [Электронный ресурс]: // URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=47579-7](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=47579-7) (дата обращения: 27.01.2017); № 47591-7 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации"» [Электронный ресурс]: // URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=47591-7](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=47591-7) (дата обращения: 27.01.2017)

⁴ Концепция внешней политики Российской Федерации, утв. указом Президента Российской Федерации от 30.11.2016 № 640; Доктрина информационной безопасности Российской Федерации, утв. указом Президента Российской Федерации от 05.12.2016 № 646.

⁵ Trump Taps Net Neutrality Critic to Lead the FCC // The Washington Post. 2017. Jan. 23.

⁶ Суханов В.В. Правовое пространство и его формы: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2005; Барциц И.Н. Конституционно-правовое пространство Российской Федерации: автореф. дис... д-ра юрид. наук. М., 2001.

⁷ Балмасов О.В. Обеспечение единого правового пространства как функция современного Российского государства: автореф. дис... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2006. С. 21.

ного исторического времени⁸, область действия всех элементов правовой системы *конкретного государства*, имеющую социально-юридические (пределы правового регулирования) и *политико-географические (территориально-государственные) границы*⁹.

При этом формирование правовой теории информационного пространства, киберпространства только начинается¹⁰. В российском законодательстве термин «кибернетическое пространство» не употребляется, но он используется в международных документах, например в Окинавской хартии глобального информационного общества (2000) и в Конвенции о преступности в сфере компьютерной информации (2001).

Д.В. Грибанов¹¹ определяет *кибернетическое пространство* как *совокупность общественных отношений, возникающих в процессе использования электронной компьютерной сети, складывающихся по поводу информации (информационных ресурсов), обрабатываемой с помощью ЭВМ и услуг информационного характера, оказываемых с их же помощью, совокупность отношений, участвовать в которых можно только посредством ЭВМ и средств связи компьютерной сети. Этот ученый считает, что система норм, направленных на регулирование кибернетического пространства, носит комплексный характер и находится на стыке различных отраслей права. Определяя место этих норм в системе права, можно рассматривать их как институт отрасли информационного права*¹². Данный подход является узким, поскольку правовое регулирование информационного пространства охватывается нормами не только разных отраслей, но и систем права — т.е. не только национальным, но и международным правом.

Во-вторых, само понимание государственной власти над современными информационными *технологиями* требует отдельного изучения. Недаром действует Европейская парламентская сеть оценки технологий¹³, с которой с 2014 г. сотрудничает Совет Федерации Федерального Собрания¹⁴. Оценка воздействия технологий на государственное управление становится самостоятельной сферой научных исследований. Проще говоря, *как государство может реализовывать свою власть?* Последние скандалы, связанные с якобы имевшим местом вмешательством российских хакеров в избирательную кампанию президента США или dos-атаки сетей устройств (Интернет-вещей) ставят вопросы о *новых механизмах государственного регулирования в информационном пространстве*. Например, в Европарламенте ведется дискуссия о наделении роботов правовым статусом «электронной личности»¹⁵.

⁸ Барциц И.Н. Правовое пространство России: вопросы конституционной теории и практики. М., 2000. С. 24.

⁹ Егорова Ю.В. Системность российского законодательства в контексте единого правового пространства России // История государства и права. 2007. № 1.

¹⁰ См., напр.: Рассолов И.М. Киберпространство и позитивное право // Российское право в Интернете. 2010. № 1 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.rpi.msa.ru/prints/201001rassolov.html> (дата обращения: 27.01.2017)

¹¹ Грибанов Д.В. К вопросу о правовой теории кибернетического пространства // Государство и право. 2010. № 4. С. 60.

¹² Там же. С. 60.

¹³ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.eptanetwork.org/> (дата обращения: 27.01.2017)

¹⁴ Европейская парламентская сеть оценки технологий: новые технологии и государственные решения [Электронный ресурс]: // URL: http://www.council.gov.ru/activity/analytics/analytical_bulletins/49736/ (дата обращения: 27.01.2017)

¹⁵ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.bbc.com/russian/news-38597214> (дата обращения: 27.01.2017)

В-третьих, в современных условиях категория «независимость» в международных отношениях не может иметь абсолютного характера. Все государства «связаны» как минимум принципами, закрепленными в Уставе ООН, а каждое — также многочисленными международными договорами и участием в международных организациях.

Расширительный подход к составляющим государственного суверенитета отражен в решениях Конституционного Суда Российской Федерации, в которых упоминается: *экономический* суверенитет¹⁶, *фискальный* суверенитет¹⁷, *налоговый* суверенитет¹⁸. *Положения об информационном суверенитете государства или государственном суверенитете в информационном пространстве в решениях Конституционного Суда прямо не определены.*

Вместе с тем в отдельных решениях¹⁹ сформулирована правовая позиция Конституционного Суда, отражающая *взаимосвязь государственного суверенитета и института государственной тайны*. Как указал Суд, Конституция Российской Федерации, гарантируя каждому право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом, в то же время предусматривает, что федеральным законом определяется перечень сведений, составляющих государственную тайну (ч. 4 ст. 29). *Такое решение вызвано необходимостью защиты суверенитета России, ее обороны и безопасности и соотносится с предписаниями ч. 3 ст. 55 Конституции, допускающей в указанных целях ограничение федеральным законом прав и свобод человека и гражданина, а, следовательно, и права на информацию.*

Проблематика реализации государственного суверенитета в информационной сфере *в зарубежной политической и правовой науке* активно ведется еще с 1980-х гг. Можно выделить *три этапа* развития концепций информационного суверенитета государства.

Первый этап (1980-е гг.) связан с рассмотрением соотношения таких категорий, как свобода информации и национальный суверенитет²⁰, что обусловлено развитием трансграничного информационного обмена посредством радио-, теле- и спутникового вещания. В работах данного этапа свобода трансграничных потоков информации как реализация закрепленного Всеобщей декларацией прав человека (1948) и Международным пактом о гражданских и политических правах (1966) права человека, анализируется через устанавливаемые в соответствии с «суверенными правами» государств ограничения, целью которых является предотвращение культурной «эрозии» в развивающихся странах под влиянием информационных потоков из развитых стран. Выделяются различия в определении содержания государственного суверенитета между развитыми и развивающимися странами. Если развивающиеся страны видят угрозу своему суверенитету в неограниченных потоках информации, то развитые, наоборот, рассматривают свободное распространение информации как фактор укрепления их суверенитета²¹.

¹⁶ Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 08.06.2000 № 118-О; от 08.06.2000 № 165-О; от 19.05.2009 № 596-О-О; от 19.01.2010 № 87-О-О; от 12.05.2011 № 737-О-О; от 05.07.2011 № 924-О-О; Постановление Конституционного Суда РФ от 20.07.2011 № 20-П; определения Конституционного Суда РФ от 02.11.2011 № 1447-О-О; от 17.11.2011 № 1621-О-О.

¹⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 07.12.2010 № 1572-О-О.

¹⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 19.05.2009 № 757-О-О; Постановление Конституционного Суда РФ от 25.06.2015 № 16-П.

¹⁹ Постановление Конституционного Суда от 27.03.1996 № 8-П; определения Конституционного Суда от 19.05.2009 N 574-О-О; от 08.12.2011 № 1676-О-О.

²⁰ *Damon L. Freedom of Information versus National Sovereignty: The Need for a New Global Forum for the Resolution of Transborder Data Flow Problems // Fordham International Law Journal. 1986. Vol. 10. Issue 2. P. 262–287.*

²¹ *Ibid.* P. 267.

Это важное теоретическое различие по сути получает развитие в современном мире. «Суверенитет границ», т.е. контроль и ограничения со стороны государства над потоками информации и обеспечивающей их инфраструктурой, или «суверенитет через экспансию», т.е. продвижение собственных информационных технологий, стандартов и правил их использования, стандартов регулирования и управления в другие государства и на международно-правовой уровень.

Второй этап связан с развитием Интернета как международной компьютерной сети в 1990-х гг. Данный этап характеризуется появлением работ, анализирующих уже сам Интернет как угрозу государственному суверенитету²². При этом в американской политической и правовой науке такая концепция рассматривается исключительно критически, как характерная для авторитарных режимов.

В 2000-х гг. одной из наиболее цитируемых в зарубежной литературе была монография М. Прайса «Медиа и суверенитет»²³, в которой проанализирована государственная политика в области СМИ. Китайский профессор В. Гонг определяет информационный суверенитет через внутреннюю и внешнюю составляющую. Внутренний информационный суверенитет заключается в высшей власти при реализации информационной политики и поддержания информационного порядка в стране, а внешний — в полном юридическом равенстве государств и их независимости от внешнего контроля при производстве и использовании информации²⁴. Развивающиеся страны подчеркивают важность уважения культурного суверенитета каждой страны, а «информационно-мощные» государства пропагандируют упадок суверенитета и полную свободу потоков информации.

В современных исследованиях американских ученых также подчеркивается рост значения информационного суверенитета²⁵. Информационный суверенитет как право правительства контролировать информационные потоки в рамках своих территорий не делает различия между развитыми и развивающимися странами, поскольку, во-первых, правительства большинства стран стремятся защищать и укреплять свой суверенитет, а, во-вторых, большинство граждан поддерживают национально-государственную систему. Эта позиция «признания информационного суверенитета» отчетливо характеризует указанную в начале данной статьи тенденцию к «суверенизации», циклически сменяющей глобализационные процессы конца XX — начала XXI века.

Третий этап, активно развивающийся в настоящее время, связан с концепцией суверенитета данных (data sovereignty). Эта концепция получила развитие с принятием в рамках Европейского союза (Франция) либо автономно в ряде стран (Россия, Франция, Германия, Австралия) законодательства, предусматривающего обязательность обработки персональных данных граждан на серверах в данном государстве²⁶. Концепция суверенитета данных означает, что отношения с информацией в цифровой (электронной) форме должны подчиняться юрисдикции той страны, где эта информация находится.

²² *Perrit J. The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance // Indiana Journal of Global Legal Studies. 1998. Vol. 5. Issue 2. P. 423–442.*

²³ *Price M. Media and Sovereignty: The Global Information Revolution and its Challenge to State Power. Cambridge, 2002. 352 p.*

²⁴ *Gong W. Information Sovereignty Reviewed // Intercultural Communication Studies. 2005. Vol. XIV. Issue 1. P. 119–135.*

²⁵ *Powers S. Towards Information Sovereignty / Beyond Netmundial: The Roadmap for Institutional Improvements to the Global Internet Governance Ecosystem. Philadelphia, 2014. P. 90–99.*

²⁶ *De Filippi P, McCarthy S. Cloud Computing: Centralization and Data Sovereignty // European Journal of Law and Technology. 2012 [Электронный ресурс]: // URL: <http://ssrn.com/abstract=2167372> (дата обращения: 27.01.2017)*

Широкое распространение услуг облачных технологий, а также новые подходы к хранению данных, по мнению венгерского ученого К. Ирион, сломали традиционные геополитические барьеры больше, чем когда-либо прежде²⁷. Наибольшее развитие концепция суверенитета данных получила в европейской политической и правовой науке²⁸, что обусловлено коллизиями в данной сфере между национальным законодательством и нормами права ЕС, а также решениями Европейского Суда по правам человека. С 2013 г. концепция суверенитета данных связывается также с развитием технологии «больших данных» (*big data*)²⁹.

В работах современных ученых отмечается, что требования к суверенитету данных можно рассматривать как разумные усилия национальных государств к подчинению национальных конфиденциальных потоков данных национальной юрисдикции. Такие требования суверенитета данных направлены на охрану и защиту основных интересов национальных государств в отношении конфиденциальности и целостности данных, а также их доступности³⁰.

Таким образом, в зарубежной политической и правовой науке независимо от страны (США, Великобритания, Китай, Южная Корея, Индонезия) отмечается рост значения информационного суверенитета как возможности государства контролировать информационные потоки. При этом распространение в последние годы получила концепция суверенитета данных.

Условно «четвертый» этап связан с тенденцией «цифровизацией» и пока не получил глубокого научного осмысления³¹. 6.05.2015 Еврокомиссия приняла Стратегию единого цифрового рынка ЕС (*Digital Single Market (DSM) Strategy*)³²; 23.06.2016 принята Канкунская Декларация Организации экономического сотрудничества и развития цифровой экономики: «Инновации, рост и социальное благополучие»; 27.10.2016 принята «Цифровая повестка Евразийского экономического союза»³³. Перечень поручений по реализации Послания Президента Федеральному Собранию от 05.12.2016 №Пр-2346 предусматривает разработку и утверждение программы «Цифровая экономика», создание правовых, технических, организационных и финансовых условий развития цифровой

²⁷ *Irion K.* Government Cloud Computing and National Data Sovereignty // Policy and Internet. 2012. Vol. 4. Issue 3–4. P. 40–71.

²⁸ *Rauhofer J., Bowden C.* Protecting Their Own: Fundamental Rights Implications for EU Data Sovereignty in the Cloud (June 21, 2013). Edinburgh School of Law. Research Paper 2013/28 [Электронный ресурс]: // URL: <http://ssrn.com/abstract=2283175>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2283175> (дата обращения: 27.01.2017)

²⁹ *Moon H., Cho H.* Big Data and Policy Design for Data Sovereignty: A Case Study on Copyright and CCL in South Korea. 2013 ASE/IEEE International Conference on Social Computing.

³⁰ *Nugraha Y., Sastrosubroto K.* Towards Data Sovereignty in Cyberspace // 3rd International Conference on Information and Communication Technology. S.l., 2015.

³¹ *Soldi R., Volpe M., Cavallini S.* Towards a New Update of Digital Agenda and Creation of the Digital Single Market: Challenges and Opportunities for Local and Regional Authorities in the European Union, Luxemburg, 2016; *Castermans A., Haentjens M., De Graaff R.* The Digital Single Market and Legal Certainty: A Critical Analysis // Contents and Effects of Contracts-Lessons to Learn From The Common European Sales Law. S.l., 2016. P. 45–72.

³² [Электронный ресурс]: // URL: https://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market_en (дата обращения: 27.01.2017)

³³ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.eurasiancommission.org/ru/act/dmi/SiteAssets/%D0%9F%D1%80%D0%BE%D0%B5%D0%BA%D1%82%20%D1%86%D0%B8%D1%84%D1%80%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%B9%20%D0%B4%D0%B5%D0%BA%D0%BB%D0%B0%D1%80%D0%B0%D1%86%D0%B8%D0%B8%20v%2011.pdf> (дата обращения: 27.01.2017)

экономики в России и ее интеграции в пространство цифровой экономики членов Евразийского экономического союза³⁴.

Указанные процессы региональной цифровой интеграции пока идут параллельно тенденции суверенизации и зачастую вступают в противоречие с ней. Как отмечает член Коллегии по внутренним рынкам, информатизации и информационно-коммуникационным технологиям ЕЭК К. Минасян, «введение Россией ограничений на доступ к государственным и муниципальным закупкам программного обеспечения, разработанного в других странах Союза, в торговле является ограничительной мерой. Появление подобных ограничений и барьеров еще раз подтверждает необходимость совместного обсуждения вопросов цифровой повестки ЕАЭС на площадке Евразийской экономической комиссии»³⁵. Здесь опять мы сталкиваемся с конкуренцией концепций «суверенитета границ» и «суверенитета экспансии».

Начиная с 2013 г. в документах международных организаций и в международных договорах (Соглашение между Правительством России и Правительством КНР о сотрудничестве в области обеспечения международной информационной безопасности (2015) формулируется концепция суверенитета государств над ИКТ-инфраструктурой.

В докладе группы правительственных экспертов 68-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН (2013), указано, что государственный суверенитет и международные нормы и принципы, вытекающие из принципа государственного суверенитета, распространяются на поведение государств в рамках деятельности, связанной с использованием ИКТ, а также на юрисдикцию государств над ИКТ-инфраструктурой на их территории (п. 20)³⁶. Аналогичная позиция содержится и в докладе группы правительственных экспертов 70-й сессии Генеральной Ассамблеи (2015)³⁷. В дополнение к работе предыдущих групп в 2015 г. группа предложила следующий подход к применимости норм международного права к использованию ИКТ государствами:

1) государства обладают юрисдикцией над ИКТ-инфраструктурой, расположенной на их территориях;

2) в процессе использования ИКТ государства должны соблюдать наряду с другими принципами международного права такие принципы как *государственный суверенитет, суверенное равенство*, разрешение споров мирными средствами и невмешательство в дела других государств. Существующие обязательства по международному праву применимы к использованию ИКТ государствами.

Таким образом, в настоящее время концепция информационного суверенитета на международно-правовом уровне расширяется за счет контроля государств не только за самой информацией, но и обеспечивающей ее производство, хранение и распространение ИКТ-инфраструктурой.

³⁴ [Электронный ресурс]: // URL: <http://kremlin.ru/acts/assignments/orders/53425> (дата обращения: 27.01.2017)

³⁵ В Казахстане впервые обсудили цифровую повестку ЕАЭС // Евразийская экономическая комиссия [Электронный ресурс]: URL: // <http://www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/01-06-2016-4.aspx> (дата обращения: 27.01.2017)

³⁶ Доклад группы правительственных экспертов по достижениям в сфере информатизации и телекоммуникаций в контексте международной безопасности. A/68/98 [Электронный ресурс]: URL: // http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/98&referer=/english/&Lang=R (дата обращения: 27.01.2017)

³⁷ Доклад группы правительственных экспертов по достижениям в сфере информатизации и телекоммуникаций в контексте международной безопасности. A/70/174 [Электронный ресурс]: URL: // <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/228/37/PDF/N1522837.pdf?OpenElement> (дата обращения: 27.01.2017)

В России формирование концепции государственного суверенитета в информационной сфере (информационного суверенитета государства) в настоящее время развивается главным образом в политологии. По мнению А.В. Россошанского, информационный суверенитет — это способность и намерение субъекта политики производить, распределять и потреблять информацию в зависимости от собственных интересов участия в политике, и использовать информацию как ресурс политического влияния в масштабах и объемах, которые соответствуют его текущим и долгосрочным политическим интересам³⁸.

В работах В.С. Поликарпова, Е.В. Поликарповой, В.А. Поликарповой информационный суверенитет рассматривается через анализ угроз развития современных информационных технологий (сенсорная революция, социальные сети, квантовый Интернет, программируемое общество, большие данные, Интернет вещей)³⁹. Аналогичный подход характерен и для работ Д.Г. Балуева, который, однако, отмечает, что политическая наука не дошла при изучении данного вопроса до создания теории, объясняющей влияние различных факторов на информационный суверенитет и позволяющей на этой основе оценивать угрозы ему и предлагать механизмы его обеспечения⁴⁰. Д.В. Винник связывает цифровой суверенитет с политическими и правовыми режимами фильтрации данных в Интернет⁴¹.

М.М. Кучерявый определяет информационный суверенитет как верховенство и независимость государственной власти при формировании и реализации информационной политики в национальном сегменте и глобальном информационном пространстве. Информационная политика реализуется в информационно-технологической, информационно-психологической и информационно-политической сферах. Информационный суверенитет предполагает наличие:

- в информационно-технологической сфере («цифровой» суверенитет) — собственного технологического цикла, программно-аппаратной платформы, поисковой и навигационной систем, сетевого оборудования и средств защиты информации отечественного производства, национального сегмента сети Интернет и социальных сетей, национальной платежной системы и др.;
- в информационно-психологической сфере («ментальный» суверенитет) — национальной идеи, высокого уровня информационной культуры и образованности общества;
- в информационно-политической сфере («властный» суверенитет) — внятной информационной политики, правительства народного доверия, патриотически-настроенной элиты, прогосударственных средств массовой информации, устойчивой национальной валюты и др.⁴²

Правовые аспекты государственного суверенитета в информационной сфере в России впервые были отмечены В.Б. Наумовым в 1999 г. на основе анализа первых судеб-

³⁸ Россошанский А.В. Политический и информационный суверенитет в контексте процессов глобализации // Симбирский научный вестник. 2011. № 4(6). С. 185.

³⁹ Поликарпов В.С., Поликарпова Е.В., Поликарпова В.А. Информационный суверенитет России, сенсорная революция, социальные сети, Интернет и кибервойна // Информационное противодействие угрозам терроризма. 2014. № 23. С. 272–278; Поликарпов В.С., Поликарпова Е.В. Новейшие информационно-коммуникационные технологии и информационный суверенитет России // Там же. 2014. № 23. С. 279–284.

⁴⁰ Балуев Д.Г. Влияние современных социальных медиа на информационный суверенитет России: основные подходы к исследованию // Государственное и муниципальное управление. Ученые записки СКАГС. 2015. № 3. С. 140–143.

⁴¹ Винник Д.В. Цифровой суверенитет: политические и правовые режимы фильтрации данных // Философия науки. 2014. № 2 (61). С. 95–113.

⁴² Кучерявый М.М. К осознанию информационного суверенитета в тенденциях глобального информационного пространства // Наука, новые технологии и инновации Кыргызстана. 2015. № 12. С. 25.

ных дел, связанных с трансграничным распространением информации по Интернету⁴³. В основе анализа ученого был конфликт национальных юрисдикций при рассмотрении судебных дел и исполнении судебных решений. Юрисдикционный подход к регулированию Интернета отражен также в работах И.Ю. Богдановской⁴⁴.

В диссертации А.В. Глушкова⁴⁵ отмечено, что расширение глобальной компьютерной сети разрушает связь между географической локализацией и, во-первых, властью местных органов государственной власти и управления, пытающихся контролировать интерактивное поведение; во-вторых, результатами данного поведения, отражающимися на отдельных лицах или вещах; в-третьих, законностью усилий национального суверенитета устанавливать правовые нормы, применимые к глобальным явлениям, к каковым относится Интернет; в-четвертых, способностью определять, нормы какой правовой системы применяются исходя из физического местонахождения.

В целом юрисдикционный подход к регулированию Интернета, широко распространенный в правовой науке⁴⁶, является по сути, частноправовым и не раскрывает содержания государственного суверенитета как публично-правовой категории в полном объеме. Единственной работой, в которой раскрыта взаимосвязь суверенитета и юрисдикции, является публикация Л.В. Терентьевой⁴⁷. В доктрине международного права соотношение суверенитета, территориального верховенства и юрисдикции сводится к следующей формуле: юрисдикция — один из элементов территориального верховенства государства, которое, в свою очередь, является составной частью его суверенитета⁴⁸. В диссертациях о регулировании отдельных видов информации и прав на нее категория «суверенитет» рассматривается только в отношении охраны государственной тайны как средства его обеспечения⁴⁹.

Таким образом, в политической и юридической науке выделяются следующие подходы к содержанию и механизму реализации государственного суверенитета в информационном пространстве:

- юрисдикционный, основанный на определении юрисдикции государственных органов (главным образом судебных), в отношении субъектов и объектов информационных отношений;

⁴³ Наумов В.В. Интернет и государственный суверенитет / I Всероссийская конференция «Право и интернет: теория и практика». 1999 [Электронный ресурс]: URL: // <http://www.ifap.ru/pi/01/r16.htm> (дата обращения: 27.01.2017)

⁴⁴ Богдановская И.Ю. ИНТЕРНЕТ: глобальное регулирование и национальные юрисдикции // НТИ. Сер. 1. 2001. № 10. С. 1–3.

⁴⁵ Глушков А.В. Проблемы правового регулирования Интернет-отношений: автореф. дис... канд. юрид. наук. СПб., 2007. С. 13.

⁴⁶ Горшкова Л.В. Правовые проблемы регулирования частноправовых отношений международного характера в сети Интернет: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2005. 30 с.; Незнамов А.В. Особенности компетенции по рассмотрению Интернет-споров: автореф. дис... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010. 24 с.; Рассолов И.М. Правовые проблемы ответственности провайдеров: определение юрисдикции государства // Международная торговля и торговая политика. 2007. № 2. С. 162–168.

⁴⁷ Терентьева Л.В. Сетевое пространство и государственные границы: вопросы юрисдикции в сети Интернет // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 1. С. 63–68.

⁴⁸ Каюмова А.Р. Суверенитет и юрисдикция государства: проблемы соотношения // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 9. С. 12–15.

⁴⁹ Мартышин М.Ю. Государственная тайна как объект конституционно-правового регулирования: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 3; Скопец П.С. Государственно-правовое регулирование конституционного права граждан России на информацию и его ограничений: автореф. дис... канд. юрид. наук. СПб., 2006. С. 18.

- *технократический*, основанный на определении угроз суверенитету через угрозы информационной безопасности.

По нашему мнению, ключевым для реализации суверенитета является определение возможности осуществлять регулирование информационных отношений в рамках соответствующего информационного пространства.

Государственный суверенитет в информационном пространстве (информационный суверенитет государства) как правовая категория заключается в возможности государства осуществлять посредством национального (внутригосударственного) права и формируемого с участием данного государства международного права регулирование определенного информационного пространства.

С учетом глобализации информационного пространства, в первую очередь в рамках Интернета, приоритетным направлением реализации государственного суверенитета в информационной сфере является формирование международно-правового регулирования информационного пространства на основе принципа суверенного равенства всех государств.

Государственный суверенитет в информационном пространстве реализуется посредством информационной функции государства и его информационной политики.

В современной юридической науке имеются различные подходы к определению информационной функции государства. По мнению А.Н. Васениной, информационная функция государства — это обусловленное потребностями социально-политического развития комплексное направление деятельности государственного механизма по обеспечению граждан, их объединений, общества и государства актуальной в конкретный временной период публично значимой информацией посредством ее производства, распространения и контроля в законодательно установленных формах⁵⁰. Э.В. Талапина раскрывает информационную функцию государства через направления ее реализации (создание информации, сопровождение информации, имеющей государственное значение, сбор, обработку, охрану и защиту информации, необходимой для реализации функций государства, информационный обмен между органами государственной власти и т.д.)⁵¹.

Ключевым в реализации информационной функции государства выступает именно регулирование информационных отношений.

Для определения публично-правовых форм реализации государственного суверенитета проведен (с помощью системы «Консультант Плюс») анализ федеральных законов, который показал, что в настоящее время понятие «суверенитет» используется в 29 федеральных законах. Использование данного понятия осуществляется в следующих формах:

- 1) определение сферы действия суверенитета⁵²;
- 2) отнесение суверенитета к целям и принципам правового регулирования в соответствующей сфере⁵³;

⁵⁰ Васенина А.Н. Информационная функция современного российского государства: Автореф. дис... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007. С. 10–11.

⁵¹ Талапина Э.В. К вопросу об информационной функции государства // Информационное общество. 2002. № 1. С. 20.

⁵² Ст. 1 Воздушного кодекса РФ 1997 г., ч. 4 ст. 2 Федерального закона от 31.07.1998 № 155-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О внутренних морских водах, территориальном море и прилегающей зоне Российской Федерации».

⁵³ Ст. 7 Федерального закона от 28.12.2010 № 390-ФЗ (ред. от 05.10.2015) «О безопасности», ст. 1 Федерального закона от 06.10.1999 № 184-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации».

3) отнесение защиты суверенитета к полномочиям органов государственной власти⁵⁴.

Указанные формы, а именно: определение сферы действия суверенитета, его отражение в целях и принципах регулирования, полномочиях органов государственной власти образуют законодательный механизм обеспечения государственного суверенитета и могут быть применены к информационным отношениям.

В настоящее время *обеспечение единой государственной информационной политики* закреплено только в Федеральном законе от 17.09.1998 № 157-ФЗ (ред. от 31.12.2014, с изм. от 14.12.2015) «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней». Другие федеральные законы, регулирующие отношения в сфере информации и связи, не содержат норм о суверенитете. Только в Федеральном законе от 07.07.2003 № 126-ФЗ (ред. от 06.07.2016) «О связи» указано, что он устанавливает правовые основы деятельности в области связи *на территории РФ и на находящихся под юрисдикцией РФ территориях*.

Анализ показывает, что, кроме отдельных принципов, указанных в Федеральном законе «О связи» (создание условий для развития российской инфраструктуры связи, обеспечение централизованного управления российскими радиочастотным ресурсом, в том числе орбитально-частотным, и ресурсом нумерации) законы, регулирующие информационные отношения, не содержат ключевых элементов механизма обеспечения государственного суверенитета России в информационном пространстве, включающего закрепление суверенитета среди целей, принципов регулирования и полномочий органов государственной власти. Выводы:

1) Современный этап публично-правового регулирования информационных отношений характеризуется тенденцией к «суверенизации», направленной на усиление контроля государств над собственными информационными пространствами, включая как саму информацию (данные), так и обеспечивающие ее создание и обращение (распространение, передачу) инфраструктуру.

2) Развитие концепции информационного суверенитета государства в зарубежной науке включает три этапа, связанных с расширением трансграничных потоков информации при развитии теле- и радиовещания; развитием Интернета; развитием технологий сбора, хранения и обработки значительных объемов данных.

3) Современный, «четвертый» этап связан с появлением, с одной стороны, международно-правового регулирования вопросов суверенитета государств над их информационной инфраструктурой, а с другой — с процессами региональной интеграции единых цифровых рынков и пространств, между которыми имеются существенные противоречия.

4) В российской политической и правовой науке выделяются две группы подходов к определению сущности информационного суверенитета государства — технократический и юрисдикционный, которые не определяют публично-правовых характеристик информационного суверенитета.

5) Реализация государственного суверенитета в информационном пространстве как публично-правовой характеристики государства осуществляется посредством информационной функции государства и информационной политики.

6) Законодательное обеспечение реализации информационного суверенитета государства в России должно быть основано на определении в федеральных законах «Об информации, информационных технологиях и защите информации», «О связи», «О средствах массовой информации» *положений об обеспечении государственного суверенитета среди целей и принципов регулирования, полномочий органов государственной власти*.

⁵⁴ Ст. 6 Федерального закона от 08.12.2003 № 164-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности».



Библиография

- Балуев Д.Г. Влияние современных социальных медиа на информационный суверенитет России: основные подходы к исследованию // Государственное и муниципальное управление. Ученые записки СКАГС. 2015. №3. С.140–143.
- Барина Д.С. Национальные домены: роль государств в политическом пространстве Интернета: автореф. дис... канд. полит. наук. М., 2012. 27 с.
- Винник Д.В. Цифровой суверенитет: политические и правовые режимы фильтрации данных // Философия науки. 2014. № 2 (61). С. 95–113.
- Глушков А.В. Проблемы правового регулирования Интернет-отношений: автореф. дис... канд. юрид. наук. СПб, 2007. 33 с.
- Кучерявый М.М. Государственная политика информационного суверенитета России в условиях современного глобального мира // Управленческое консультирование. 2015. № 2. С. 8–15.
- Мартышин М.Ю. Государственная тайна как объект конституционно-правового регулирования: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2009. 25 с.
- Незнамов А.В. Особенности компетенции по рассмотрению Интернет-споров: автореф. дис... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010. 24 с.
- Поликарпов В.С., Поликарпова Е.В., Поликарпова В.А. Информационный суверенитет России, сенсорная революция, социальные сети, Интернет и кибервойна // Информационное противодействие угрозам терроризма. 2014. № 23. С. 272–278.
- Терентьева Л.В. Сетевое пространство и государственные границы: вопросы юрисдикции в сети Интернет // Право. Журнал Высшей школы экономики, 2010. № 1. С. 63–68.
- Damon L. Freedom of Information versus National Sovereignty: The Need for a New Global Forum for the Resolution of Transborder Data Flow Problems // Fordham International Law Journal. 1986. Vol. 10. Issue 2. P. 262–287.
- De Filippi P., McCarthy S. Cloud Computing: Centralization and Data Sovereignty (October 26, 2012) // European Journal of Law and Technology. Vol. 3. No 2. 2012 // <http://ssrn.com/abstract=2167372> (дата обращения 27.01.2017)
- Irion K. Government Cloud Computing and National Data Sovereignty // Policy and Internet. 2012. Vol. 4. Issue 3–4. P. 40–71.
- Perritt J. Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance // Indiana Journal of Global Legal Studies. 1998. Vol. 5. Issue 2. P. 423–442.
- Powers S. Towards Information Sovereignty // BEYOND NETMUNDIAL: The Roadmap for Institutional Improvements to the Global Internet Governance Ecosystem. Philadelphia: Center for Global Communication Studies, 2014. P. 90–99.
- Rauhofer J., Bowden C. Protecting Their Own: Fundamental Rights Implications for EU Data Sovereignty in the Cloud (June 21, 2013). Edinburgh School of Law. Research Paper no 28. Available at: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2283175>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2283175> (дата обращения: 27.01.2017)

Formation of the Concept of Information Sovereignty of the State



Alexey A. Efremov

Associate Professor, Leading Researcher, Public Management Technologies Center, Institute of Applied Economic Studies, Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Candidate of Juridical Sciences. Address: 11 Prechistsenskaya Nab., Moscow 119034, Russian Federation. E-mail: efremov-a@ranepa.ru



Abstract

The article is devoted to the comparative analysis of the concepts of information sovereignty of the state (of state sovereignty in the information space) in the foreign Russian political and legal science,

as well as their legislative implementation in the Russian Federation. The author described a cyclic change of sovereignty and globalization trends in the legal regulation of information relations, including those existing at the present stage of sovereignty, doctrinal highlighted the problem of determining the nature and content of the category information of the sovereignty of the state, its difference from the traditional territorial binding national sovereignty. Based on the analysis of the Constitutional Court practice, the analysis highlights the properties (attributes) of the state. The paper consistently examines foreign approaches to the definition of the information content of the sovereignty of the state in terms of development of information relations with the 1980s to the modern concepts of sovereignty and the sovereignty of the digital data, carried out their periodization, chronologically associated with the development of information technologies. The necessity of development of publicly-legal doctrine of the sovereignty of the information, as well as the conclusion that the implementation of state sovereignty in the information space should be carried out by means of information and functions of the state information policy, characterized by the existing scientific approaches to the content of these categories. Based on the analysis of the Russian legislation, the analysis highlights the elements of the legal institutionalization of state sovereignty, including the definition of its scope; attribution of sovereignty to the purposes and principles of the legal regulation in the relevant field; assignment of protecting the sovereignty of the powers of public authorities. Conducted on the basis of the abovementioned analysis of the key elements of allocated federal laws in the sphere of information relations has shown the absence of legislative institutionalization of information sovereignty of the state in these federal laws. To ensure the institutionalization of the legislative sovereignty of the state of the information substantiated a number of suggestions for improving the federal laws in the sphere of information relations.



Keywords

data sovereignty, digital sovereignty, information, sovereignty, information space, state sovereignty.

Citation: Efremov A.A. (2017) Formation of the Concept of Information Sovereignty of the State. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 201–215 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.201.215



References

Baluev D.G. (2015) Vliyaniye sovremennykh sotsialnykh media na informatsionnyy suverenitet Rossii: osnovnyye podhody k issledovaniyu. *Gosudarstvennoe imunitsipalnoe upravlenie. Uchenyie zapiski SKAGS*, no 3, p. 140–143.

Barinova D.S. (2012) *Natsionalnyie domeny: rol gosudarstv v politicheskom prostranstve Interneta (Avtoref. diss....kand. polit. nauk)* [National Domains: Role of States in Political Internet Space (Candidate of Political Sciences Thesis Summary)]. Moscow, 27 p.

Bogdanovskaya I.Y. (2001) Internet: globalnoe regulirovaniye i natsionalnyie yurisdiksii. *NTI*. Ser. 1, no 10, pp. 1–3.

Damon L. (1986) Freedom of Information versus National Sovereignty: The Need for a New Global Forum for the Resolution of Transborder Data Flow Problems. *Fordham International Law Journal*, vol. 10, issue 2, pp. 262–287.

De Filippi P., McCarthy S. (2012) Cloud Computing: Centralization and Data Sovereignty (October 26, 2012). *European Journal of Law and Technology*, vol. 3, no 2. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2167372>

Gong W. (2005) Information Sovereignty Reviewed. *Intercultural Communication Studies*, vol. XIV, issue 1, pp. 119–135.

Glushkov A.V. (2007) *Problemy pravovogo regulirovaniya Internet-otnosheniy: (Avtoref. Diss. Kand. Yurid. Nauk)* [Issues of Legal Regulation of Internet Relations (Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary)]. Saint Petersburg, p. 13.

Gorshkova L. V. (2005) *Pravovyye problemy i regulirovaniya chastnopravovykh otnosheniy mezhdunarodnogo kharaktera v seti Internet: (Avtoref. Diss. Kand. Yurid. Nauk)* [Legal Issues and Regulation of Private Law Relations on International Nature in the Internet. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Moscow, 30 p.

Irion K. (2012) Government Cloud Computing and National Data Sovereignty. *Policy and Internet*, vol. 4, issue 3-4, p. 40–71.

- Kayumova A.R. (2008) Suverenitet i yurisdiksiya gosudarstva: Problemy i sootnosheniya [Sovereignty and Jurisdiction of State]. *Konstitutsionnoe i munitsipalnoe pravo*, no 9, pp. 12–15.
- Kucheryavyy M.M. (2015) Gosudarstvennaya politika informatsionnogo suvereniteta Rossii v usloviyah sovremennogo globalnogo mira [State Policy of Russian Information Sovereignty in Modern Global World]. *Upravlencheskoe konsultirovanie*, no 2, p. 11.
- Kucheryavyy M.M. (2015) K osoznaniyu informatsionnogo suvereniteta v tendentsiyah globalnogo informatsionnogo prostranstva [Realizing Information Sovereignty in the Trends of Global Information Space]. *Nauka, novyye tekhnologii i innovatsii Kyrgyzstana*, no 12, p. 25.
- Martyishin M.Yu. (2009) Gosudarstvennaya taina kak ob'ekt konstitutsionno-pravovogo regulirovaniya: Avtoref. Diss. Kand. Yurid. Nauk [State Secret in Constitutional Law Regulation. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Moscow, 23 p.
- Naumov V.B. (1999) Internet i gosudarstvennyy suverenitet. / *Vserossiyskaya konferentsiya "Pravovoi internet: teoriya i praktika"*. Available at: <http://www.ifap.ru/pi/01/r16.htm>
- Neznamov A.V. (2010) *Osobennosti kompetentsii po rassmotreniyu Internet-sporov: Avtoref. Diss. Kand. Yurid. Nauk* [Competencies and Examining Internet Disputes. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Ekaterinburg, 24 p.
- Polikarpov V.S., Polikarpova E.V., Polikarpova V.A. (2014) Informatsionnyy suverenitet Rossii, sensornaya revolyutsiya, sotsialnyie seti: Internet i kibervoyna [Russia's Information Sovereignty, Sensor Revolution, Social Nets, Internet and Cyber War]. *Informatsionnoe protivodeystvie ugrozam terrorizma*, no 23, pp. 272–278.
- Perritt J. (1998) The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 5, issue 2, pp. 423–442.
- Powers S. (2014) Towards Information Sovereignty. *Beyond Netmundial: The Roadmap for Institutional Improvements to the Global Internet Governance Ecosystem*. Philadelphia: Center for Global Communication Studies, pp. 90–99.
- Price M. (2002) *Media and Sovereignty: The Global Information Revolution and its Challenge to State Power*. Cambridge (Mass.): MIT Press, 352 p.
- Rauhofer J., Bowden C. (2013) Protecting Their Own: Fundamental Rights Implications for EU Data Sovereignty in the Cloud. Edinburgh School of Law Research Paper. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2283175>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2283175>
- Rassolov I.M. (2007) Pravovyye problemy, otvetstvennosti provayderov: opredeleniye yurisdiksii gosudarstva [Legal Issues, Liability of Legal Scholars: Jurisdiction of State]. *Mezhdunarodnaya trgovlya i trgovaya politika*, no 2, pp. 162–168.
- Rossoshanskiy A.V. (2011) Politicheskiy i informatsionnyy suverenitet v kontekste protsessov globalizatsii [Political and Information Sovereignty in Context of Globalization]. *Simbirskiy nauchnyy vestnik*, no 4, p. 185.
- Sivovolov D.L. (2015) Novey ugrozyi natsionalnomu suverenitetu Rossii v sfere informatsionnoy bezopasnosti [New Threats to Russian National Sovereignty in the Sphere of Information Security]. *Sotsium i vlast'*, no 6 (56), pp. 82–88.
- Skopets P.S. (2006) Gosudarstvenno-pravovoe regulirovanie konstitutsionnogo prava grazhdan Rossii na informatsiyu ego ogranicheniy: Avtoref. Diss. Kand. Yurid. Nauk [State Law Regulation of Constitutional Law (Candidate of Juridical Sciences Dissertation Summary)]. Saint Petersburg, p. 18.
- Talapina E. V. (2002) K voprosu ob informatsionnoy funktsii gosudarstva [On the Informational Function of State]. *Informatsionnoe obschestvo*, no 1, p. 20.
- Terenteva L.V. (2010) Setevoye prostranstvo i gosudarstvennyie granitsy i: voprosy yurisdiksii v seti Internet [Net Space and State Borders: Jurisdiction Issues in Internet]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 63–68.
- Vasenina A.N. (2007) *Informatsionnaya funktsiya sovremennogo rossiyskogo gosudarstva: Avtoref. Diss... Kand. Yurid. Nauk* [Informational Function of Modern Russian State (Candidate of Juridical Sciences Thesis)]. N. Novogogod, pp. 10–11.
- Vinnik D.V. (2014) Tsifrovoy suverenitet: politicheskie i pravovyye rezhimy i filtratsii dannykh [Digital Sovereignty: Political and Legal Regimes in Refining Data]. *Filosofiya Nauki*, no 2, pp. 95–113.

Большие данные и законодательство о конкуренции



К.С. Ючинсон

преподаватель Департамента правового регулирования экономической деятельности Финансового университета при Правительстве Российской Федерации. Адрес: 125993 Российская Федерация, Москва, Ленинградский пр., 49. E-mail: Kyuchinson@fa.ru



Аннотация

Расширение доступа к сети Интернет в глобальном масштабе и кратный рост вычислительных мощностей привели к распространению бизнес-моделей, строящихся на сборе и обработке массивов данных — «Big Data». С развитием интеллектуального анализа данных и машинного обучения компании могут предлагать потребителям решения под их индивидуальные потребности и обратную связь с пользователями. Передовые алгоритмы самообучения позволяют найти точную искомую информацию при онлайн-поиске в кратчайшее время. Однако наряду с огромными преимуществами использование Больших Данных имеет и серьезные недостатки. Недавние громкие сделки слияния и поглощения на цифровых и Интернет-рынках подняли вопрос о воздействии объединения и приобретения контроля над большими массивами данных на конкуренцию. Действительно, компании могут использовать передовые компьютерные технологии для координации деловых практик, навязывания потребителям неправомерных условий, использования расширения рыночной власти для повышения цен и даже для возможного закрытия рынка для новых конкурентов. Сетевые эффекты на основе данных проявляют тенденцию к устойчивости, что позволяет действующим участникам рынка закрепить свои позиции, как только будет достигнута критическая масса пользователей. Компенсируют ли преимущества Больших Данных общественные издержки, зависит в том числе от того, как антимонопольные органы и регуляторы будут реагировать на новые вызовы цифровой экономики. Либо будут формироваться все более конкурентные, состязательные и динамично развивающиеся рынки, где преобладают эффективность и инновации; либо последует экономическая концентрация, ведущая к злоупотреблениям рыночной властью и к стагнации. В статье предлагается определение «Больших Данных» и описываются основные типы воздействующих субъектов и топология рынка «экосистемы Больших Данных». Выявлены возможные конкурентные проблемы в связи с использованием Больших Данных и проанализировано их потенциальное воздействие на результативность инструментов содействия конкуренции и на основные направления работы антимонопольных органов: борьбу с картелями, оценку злоупотребления доминированием и контроль над слияниями.



Ключевые слова

цифровая экономика, Интернет, Большие Данные, конкуренция, рыночная власть, законодательство о конкуренции, потребитель, сделки слияния, цифровые картели, злоупотребление доминирующим положением.

Библиографическое описание: Ючинсон К.С. Большие данные и законодательство о конкуренции // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 216–245.

JEL: K21; УДК:340

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.216.245

Введение

В настоящее время во многих частях света можно получить подробные навигационные указания об условиях трафика в реальном масштабе времени; прогнозирование и купирование эпидемий в короткий срок, потенциально спасающее миллионы жизней. Нарастает эффективность электронных торговых площадок, где цены корректируются согласно спросу/предложению практически в режиме реального времени, когда потребители извлекают преимущества от индивидуализированных предложений и обратной связи с пользователями. Социальные и профессиональные сети позволяют поддерживать контакты с друзьями и коллегами или находить партнеров; передовые алгоритмы самообразования помогают находить точную информацию с минимальными временными затратами через Интернет-поиск.

Это только некоторые достижения Больших Данных, под которыми часто понимаются: (1) большие объемы массивов данных; и (2) потребность в использовании крупномасштабных вычислительных мощностей и нестандартного программного обеспечения и методов извлечения ценности из данных в разумные сроки. Благодаря возможностям сбора и обработки данных, сегодня бизнес может узнать не только адреса пользователей (неважно, физический или IP-адрес), дату рождения и пол, но и множество другой информации (состав семьи, привычки питания, данные о совершенных ранее покупках, частота и продолжительность посещений традиционных и Интернет-магазинов), а также получить информацию из других баз данных, чтобы сформировать досье на потребителя¹. Это позволит ритейл-бизнесу не только дифференцировать цены, но также целенаправленно рассылать потребителям маркетинговые и рекламные материалы, чтобы влиять на их поведение.

Тем не менее кроме значительных выгод Большие Данные несут с собой издержки. Потребители все больше сталкиваются с проблемой утраты контроля над персональными данными и конфиденциальностью; с назойливой рекламой и дискриминацией поведения и оказываются еще сильнее «привязанными» к услугам, которыми обычно пользуются.

Многие наблюдатели рассматривают сбор, обработку и использование персональных данных для коммерческих целей скорее в качестве проблемы защиты потребителей, чем контролирования исполнения законодательства о конкуренции. Однако недавние громкие слияния и поглощения на цифровых или Интернет-рынках заставляют задуматься о возможном влиянии соединения воедино и получения контроля над большими массивами данных на конкуренцию. Действительно, фирмы используют передовые компьютерные технологии для координации деятельности, навязывания условий, противоречащих интересам потребителей, применения рыночной власти для повышения цен и даже закрытия рынка перед потенциальными конкурентами. Сетевые эффекты с управлением данными демонстрируют тенденцию к устойчивости и являются самоподдерживающимися. Они дают преимущества участникам рынка, способствуя дальнейшему укреплению их позиций, как только будет достигнут переломный момент в накоплении критической массы пользователей.

¹ Штюке и Грюнс приводят пример британского магазина Tesco: *Stucke M., Grunes A. Big Data and Competition Policy*. Oxford, 2016 [Электронный ресурс]: // URL: <https://global.oup.com/academic/product/big-data-and-competition-policy9780198788133?cc=fr&lang=en> (дата обращения: 2.10.2016). См. также: *Howarth B. How Tesco's Loyalty Card Transformed Customer Data Tracking* 21 May. 2015 [Электронный ресурс]: // <http://www.cmo.com.au/article/575497/how-tesco-loyalty-card-transformed-customer-data-tracking/> (дата обращения: 4.10.2016)

Превысят ли преимущества Больших Данных их общественные издержки, зависит, в частности, от того, смогут ли антимонопольные органы и регуляторы реагировать на новые вызовы цифровой экономики, и как они это сделают. Исходя из этого, рынки либо будут становиться все более конкурентными, состязательными и динамичными, и на первый план выйдут эффективность и непрерывные инновации; либо будет наблюдаться усиление экономической концентрации, приводящее к злоупотреблению рыночной властью и стагнации.

Проблемы в области конкуренции, связанные с Большими Данными

А) Понятие «Больших Данных» и основные субъекты «экосистемы Больших Данных»

1) Определение

Хотя термин «Большие Данные» нередко понимается неточно, чаще всего используется следующее определение: «Большие Данные — информационные активы столь большого объема, скорости передачи и разнообразия, что требуются особые технологии и аналитические методы для их преобразования с целью получения ценности»². Чтобы отграничить Большие Данные от данных в целом, предлагается следовать подходу Штюке и Грюнса³. К определению «3 V», впервые введенному Лейни⁴: объем данных (volume); скорость сбора, использования и распространения (velocity); разнообразие сводной информации (variety); Штюке и Грюнс добавили четвертое «V» — ценность данных (value). Как сказано ими о персональных данных, за последнее десятилетие каждый из четырех элементов невероятно расширился и продолжает расширяться.

Ожидается, что объем данных, обрабатываемых в мировом масштабе, растет практически по экспоненте. Американская технологическая компания Cisco прогнозирует, что к концу 2019 г. ежегодный мировой трафик IP-данных достигнет 10,4 секстибайт (ZB)⁵ по сравнению с 3,4 секстибайт в год в 2014 г., что составляет 25%-й совокупный темп годового прироста с 2014 г. по 2019 г.⁶ Такой объем является следствием повсеместного распространения сетевых и Интернет-операций.

² Другие определения предлагаются в публикациях: *Manyika J., Chui M., Brown B.* Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition and Productivity. May 2011 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.mckinsey.com/business-functions/business-technology/our-insights/big-data-the-next-frontier-for-innovation> (дата обращения: 27.09.2016). См. также: *Mayer-Schönberger V., Cukier K.* Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live / Work and Think. London, 2013.

³ См.: *Stucke M., Grunes A.* Op. cit.

⁴ См.: *Laney D.* 3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety. Meta Group (Gartner's Blog Post). 6.02.2001 [Электронный ресурс]: // URL: <http://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf> (дата обращения: 15.08.2016)

⁵ 10,4 секстибайт соответствуют 10,4 трлн. гигабайт. Это ошеломляющие цифры. Для хранения 10,4 секстибайт данных всем без исключения индивидуумам в мире (включая младенцев) необходимо будет иметь 11 iPhone'ов по 128 гигабайт.

⁶ Дополнительную информацию и прогнозы см.: Cisco Global Cloud Index. Forecast and Methodology 2014-2019 [Электронный ресурс]: // URL: http://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/global-cloud-indexgci/Cloud_Index_White_Paper.html (дата обращения: 18.09.2016). 1 секстибайт = 1 099 511 627 776 гигабайтам.

ОЭСР⁷ подчеркивает, что практически все средства массовой информации и социально-экономические операции перетекают в Интернет (включая электронную торговлю и «электронное правительство»); таким образом, каждую секунду формируются петабайты данных. Росту объема данных способствует актуализация закона Мура (Moore's Law)⁸, по которому еще более мощные, меньшего размера, более интеллектуальные и менее дорогие устройства стали доступными почти любому индивиду. В свою очередь, это привело к сокращению издержек сбора, обработки и анализа данных. Одновременно доступ к данным облегчается распространением Интернет-платформ, электронной торговли и популярности смартфонов.

Штюке и Грюнс указывают, что в настоящий момент скорость доступа, переработки и анализа данных у некоторых компаний приближается к реальному времени. Способность использовать данные в режиме реального времени — явление, известное как «наукастинг» (Вставка 1).

Наукастинг (Now-casting) (сверхкраткосрочное прогнозирование)

Бандура и др. определяют наукастинг как «прогнозирование настоящего, ближайшего будущего и самого недавнего прошлого»⁹. Заключается в использовании новых, обновленных и высокочастотных данных для получения опережающих оценок, как правило, с большой степенью точности, о событиях, происходящих практически в настоящее время. Сверхкраткосрочное прогнозирование особенно полезно для получения информации в режиме, близком к реальному времени, о соответствующих переменных, обычно собираемой с низкой частотой и публикуемой позже. Бандура и др.¹⁰ показывают, как статистическую модель сверхкраткосрочного прогнозирования, публикуемую ежемесячно с небольшой задержкой, можно использовать в промышленном производстве для точной и опережающей оценки ВВП еврозоны. Обычно такие оценки выходят ежеквартально с 6-недельным отставанием. Концепции наукастинга уже давно придерживаются метеорологи, используя совокупность новейших данных, получаемых с радаров, спутников и путем наблюдений, для описания с большой степенью точности погодных условий и их ожидаемых изменений в ближайшие часы. Развитие методологии наукастинга в метеорологии помогло снизить количество смертей и нанесения ущерба имуществу в результате опасных метеоявлений и повысить безопасность и эффективность некоторых секторов, включая авиацию, управление водными- и энергоресурсами и строительство. В последнее время все больше компаний, использующих Большие Данные, расширяют использование наукастинга на практике. Так, на интерактивной площадке по продаже недви-

⁷ См.: OECD. Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being. Paris: OECD, 2015 [Электронный ресурс]: // URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en> (дата обращения: 20.09.2016)

⁸ Закон Мура описывает скорость, с которой количество радиоэлементов транзисторов в интегральных микросхемах возрастает, удваиваясь примерно каждые два года, что уменьшает стоимость электроники с течением времени.

⁹ См.: Bandura M., Giannone D., Modugno M. Now Casting and the Real-Time Data Flow // Handbook of Economic Forecasting, 2013 [Электронный ресурс]: // URL: https://www.researchgate.net/publication/254407469_Now-Casting_and_the_Real-Time_Data_Flow (дата обращения: 17.10.2016)

¹⁰ Ibid.

жимости Auction.com запущена система наукастинга по недвижимости, генерирующая отчеты в режиме реального времени о продажах жилья в США, которая в дальнейшем будет использована при расчете ценовых тенденций и других событий. С этой целью Auction.com реализует модели данных, разработанные главным экономистом Google Х.Варьяном, которые строятся на совокупности частных массивов данных промышленного значения и общедоступных данных, найденных в Google. Данные фирмы также позволяют прогнозировать рыночные тренды в режиме реального времени в секторах продажи автомашин, розничной торговли и туризма). Варьян в видео-обзоре системы сверхкраткосрочного прогнозирования Auction.com для рынка недвижимости утверждает: «Системы наукастинга — значительный поворот в современных методах прогнозного анализа рынка. Большинство правительственных и отраслевых отчетов по таким вопросам, как жилье, занятость и расчеты с потребителями публикуются через недели и даже месяцы после рассматриваемых продаж или действий. Для компаний, пытающихся определить состояние рынка и тенденции его развития, это все равно что ехать вперед, смотря в зеркало заднего обзора... Я полагаю, что инвесторы в недвижимость, финансовые институты, правительственные организации и пр. должны внимательно изучить подобные системы наукастинга в плане возможностей более своевременных и точных прогнозов»¹¹.

Концепция такого прогнозирования состоит в обращении к протекающему в данный момент событию и использованию для прогнозирования явлений по мере их осуществления, например, выявление вспышки гриппа благодаря бурному росту онлайн-поисков лекарств против гриппа. Такой подход можно применять для обнаружения потенциальных конкурентов, определив количество загрузок из магазина приложений и затем сопоставив с использованием в онлайн-режиме или предпочтениями поиска. Применение «наукастинга» может дать действующему участнику рынка рычаги влияния на новых игроков.

Таким образом, складывается новое различие между Большими и традиционными данными: значение времени. Способность обработки объемных массивов данных в режиме реального времени формирует неотъемлемую ценность, более важную в ряде случаев, чем получение данных с временным интервалом, например, при оценке информации о движении транспорта в приложениях к дорожной карте.

Разнообразие данных также повысилось благодаря возможностям сбора и переработки, в результате компании знают не только адрес потребителей (физический или IP), дату рождения и пол, но и множество другой информации (состав семьи, привычки питания, данные о совершенных ранее покупках, частота и продолжительность посещений традиционных и Интернет-магазинов), а также информацию из других баз данных, чтобы сформировать досье на потребителя. Это позволит ритейл-бизнесу не только дифференцировать цены, но также целенаправленно рассылать потребителям маркетинговые и рекламные материалы, чтобы влиять на их поведение.

Антимонопольные органы Франции и ФРГ подчеркивают, что изменение потребительских привычек в сторону максимизации пользования Интернетом для всевозможных целей — от покупок до чтения новостей, просмотра фильмов и размещения видеороликов о самих себе — позволяет компаниям «настолько точно регистрировать

¹¹ См.: *Varian H.* Auction.com Launches Real Estate's First "Nowcast". October 2014 [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.auction.com/blog/auction-com-launches-real-estates-first-nowcast> (дата обращения: 6.08.2016)

действия [большой части населения], что можно делать подробные и индивидуализированные выводы о восприимчивости их к коммерческим обращениям»¹². Мелькающая реклама из триллера «Особое мнение» (2002), когда по скану радужной оболочки можно установить личность человека и затем срочно передать ему персонализированные рекламные сообщения, уже не является фантастикой.

Данный пример иллюстрирует важность синтеза данных: большие массивы данных сливаются воедино, из них извлекается информация и в совокупности формируется новая информация, благодаря которой продавцы или конкуренты могут лучше понять рынок и работать на нем. Иногда потенциал синтеза данных можно разрабатывать далее, комбинируя персональные данные с другими типами данных (погодные условия, публичные мероприятия, материально-производственные запасы или даже данные о компонентах автомобиля, собранные для выявления износа).

Ценность Больших Данных является одновременно причиной и следствием увеличения объема, разнообразия и скорости. Хотя сами по себе данные могут считаться «бесплатными» (в зависимости от метода сбора), однако процесс извлечения информации из данных генерирует ценность. Антимонопольные органы Франции и ФРГ дружно указывают на «развитие новых методов, с помощью которых можно извлекать ценную информацию из больших массивов (часто неструктурированных) данных»¹³. ОЭСР определяет аналитику данных как «технические средства получения аналитических оценок и средств расширения возможностей для лучшего понимания, влияния или контроля информационных объектов специальных знаний (например, природные явления, социальные системы, индивидуумы)»¹⁴.

Штюке и Грюнс¹⁵ подчеркивают, что Большие Данные тесно связаны с тем, что называют «Большой аналитикой» и явлением, известным как «технологии углубленного изучения»: компьютеры обучаются решать проблемы, спрессовывая большие базы данных путем использования передовых алгоритмов и нейросетей, все больше напоминающих человеческий мозг. Одним из таких примеров является «Проект Рубикон» — широкая интерактивная платформа для автоматизации покупки-продажи рекламы: «Благодаря упорному стремлению к инновациям в результате проекта разработана одна из крупнейших систем вычислений в режиме реального времени с облачными технологиями и большими данными — в тысячные доли секунды обрабатываются триллионы транзакций ежемесячно»¹⁶. Как заявляет компания, «по мере обработки большего объема на нашей автоматизированной платформе мы аккумулируем больше данных, например, о ценах, о географических характеристиках и предпочтениях, данные о том, каким образом лучше всего оптимизировать доходы продавцов. Дополнительные данные помогают сделать наши алгоритмы машинного обучения умнее, что повышает результативность подбора покупателей и продавцов. Наша платформа становится привлекательной для большего количества покупателей и продавцов, от которых мы получаем больше данных, что только усиливает эффект сетевой выгоды...»¹⁷.

¹² См.: Report by the Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt. Competition Law and Data. May 10, 2016 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawand-datafinal.pdf> (дата обращения: 8.08.2016)

¹³ Ibid.

¹⁴ См.: OECD. Data-Driven Innovation...

¹⁵ См.: Stucke M., Grunes A. Op. cit.

¹⁶ [Электронный ресурс]: // URL: <http://rubiconproject.com/whoweare/> (дата обращения: 18.08.2016)

¹⁷ The Rubicon Project. Amendment 3 to Form S-1 Registration Statement, April 30, 2014.

Данная цитата акцентирует не только способ выявления ценности Больших Данных, но также важность интерактивных платформ и сетевого эффекта в рамках «экосистемы Больших Данных». Углубленное или машинное обучение являются ключевыми элементами процесса. Штюке и Грюнс¹⁸ верно замечают, что объем и разнообразие данных позволяют фирмам время от времени раскрывать взаимосвязи на основе больших неструктурированных массивов данных, что может оказаться более результативным, чем поиск информации из более четких массивов данных, но меньшего объема. Здесь не только вопрос о наличии выполняемого алгоритма; речь идет также о том, что, казалось бы, разрозненные массивы данных можно подвергать синтезу и извлекать из них информацию, которая иначе не была бы полезной; например, страховая компания может выявить предрасположенности клиента (к рискованным действиям).

2) Основные субъекты и топология рынка «экосистемы Больших Данных»

Сбор и работа с Большими Данными и их конвертация в денежную стоимость осуществляются в комплексных экосистемах, состоящих из множественных взаимосвязанных рынков, нередко многосторонних. В данном разделе дается краткое описание основных типов бизнеса и участников данных рынков.

а) Технология платформ

В центре экосистемы Больших Данных, где наблюдаются многие из вышеописанных проблем в области конкуренции, платформы выступают в качестве основного интерфейса между потребителями и участниками рынка. Выделим две основные категории: платформы привлечения внимания и платформы подбора¹⁹.

Платформы привлечения внимания (поисковики или социальные сети), как правило, предлагают набор «бесплатных» услуг, субсидируемых рекламой, продаваемой по принципу «за одно щелканье мышкой». Таким образом, вместо уплаты денег за услугу потребители платят своим вниманием к рекламе до получения доступа к содержанию запрошенного ими видео-ролика.

Возможно, потребители также платят за данные либо косвенно (через регистрацию щелканий на веб-сайте при онлайн-поиске или покупках), либо непосредственно (вводя персональные данные в интерактивную анкету). Далее платформы для привлечения внимания клиентов используют частные данные пользователей для улучшения качества услуг и определения объектов рекламы, вследствие чего платформа привлекает новых потребителей и можно взимать повышенную «плату за щелканье» с рекламодателей.

Платформы подбора являются торговыми площадками, где разные виды участников могут взаимодействовать (покупатели и продавцы, работодатели и работники, или даже индивидуумы на сайтах Интернет-знакомств). Платформы подбора зарабатывают деньги, взимая фиксированную плату за доступ к платформе и меняющуюся плату за транзакцию. Нередко группа пользователей, характеризующаяся высокой эластичностью спроса, субсидируется другой группой (например, клиенты не платят за пользование сайтами для совершения покупок; соискатели работы не должны платить за использование сайтов занятости и т.д.). Сбор частных данных, однако, осуществляется у всех

¹⁸ См.: *Stucke M., Grunes A. Op. cit.*

¹⁹ Иногда в литературе также выделяют транзакционные и нетранзакционные платформы, в зависимости от того, осуществляют ли участники различных рыночных сторон непосредственно сделки друг с другом. Платформы привлечения внимания, как правило, относятся к нетранзакционным, а платформы подбора — к транзакционным, но есть и исключения. Например, пары, которые находят друг друга через платформы Интернет-знакомств, не являются участниками рыночных сделок.

групп, и затем применяется для повышения качества платформы и алгоритмов подбора, что, в конечном счете, ведет к повышению количества транзакций.

Многосторонние характеристики платформ имеют тенденцию к повышению в результате прямых и косвенных сетевых внешних эффектов, концентрации пользователей и соответствующих данных в руках нескольких игроков. В свою очередь, использование Больших Данных дает онлайн-платформам существенную рыночную власть в сфере поставок важных информационных услуг, на которые рассчитывают все компании и потребители. Действительно, такого рода бизнес-модели показали высокую прибыльность, и некоторые платформы привлечения внимания и платформы подбора смогли войти в 10 компаний с наилучшими показателями рыночной капитализации. Сама по себе высокая прибыльность не подразумевает вреда конкуренции, если только бизнес-успехи достигаются посредством инноваций на основе управления данными, а не использования Больших Данных для дискриминации некоторых участников рынка, навязывания издержек смены поставщика, эксклюзивных контрактов и других форм злоупотреблений.

б) Поставщики контента

Другая группа участников экосистемы Больших Данных — поставщики контента: журналы, сайты и разработчики приложений, создающие информативный контент, доступный на многих платформах, в обмен на позицию в списке результатов поиска. Создаваемый контент показывается не только поисковиками как элемент основного бизнеса, но и другими платформами (например, социальные сети, где требуется креативный контент для привлечения и удержания внимания потребителей и поддержания высокого уровня трафика). К сожалению, так как поставщики контента многочисленны, а платформ мало, информативный контент, реально доходящий до потребителей, может быть не только результатом конкурентных процессов, но и итогом стратегических решений платформ.

Поставщики контента делают деньги либо продавая продукт напрямую потребителям, либо продавая рекламное пространство продавцам. Однако поскольку они ощущают нехватку Больших Данных, необходимых для должного целевого рекламирования, все более распространенной практикой сайтов становится прогонка рекламных объявлений через платформу (например, Google) и получение доли рекламных доходов.

в) Продавцы

Основными спонсорами участников рынка являются продавцы или поставщики контента, предлагающие продукцию и услуги конечным потребителям в обмен на деньги. Сюда включены производители, оптовые продавцы, специалисты, агентства недвижимости, консультанты, финансовые институты и любые другие виды бизнеса, которые могут использовать маркетинговые каналы платформы, чтобы убеждать потребителей покупать их продукцию. Подавляющее большинство участников данной группы сталкивается с острой конкуренцией.

Ряд крупных продавцов, однако, способен достичь таких масштабов, чтобы использовать Большие Данные самостоятельно, как, например, Amazon, Tesco или Target (вторая в США крупнейшая сеть розничных магазинов со сниженными ценами). Собирая данные по Интернет-транзакциям, с карт лояльности и анкет, заполненных потребителями, иногда в обмен на ценовые скидки и бесплатные продукты, эти компании еще больше увеличиваются в размере, уходя в непреодолимый отрыв от более мелких конкурентов, не имеющих такого масштаба и дорогостоящей инфраструктуры для обработки Больших Данных, чтобы стать жизнеспособными конкурентами. Опять-таки

это не обязательно подразумевает нанесение вреда конкуренции, так как приращение эффективности и инновации, достигаемые крупными игроками, могут быть полезны для общества.

г) Инфраструктура, включая облачные вычисления и хранение данных

Провайдеры инфраструктуры информационных технологий (ИТ), как Nadoor, IBM и Oracle, оказывают ключевую поддержку операций, выполняемых пользователями Больших Данных. Компании, осуществляющие инновации на основе данных, быстро сталкиваются с петабайтами информации, хранить такой объем дорого и еще труднее обрабатывать, на что у компаний не хватает ресурсов. Провайдеры ИТ-инфраструктуры не только разрабатывают адекватное программное обеспечение для работы с Большими Данными, но самое важное — они предлагают возможности «облачных вычислений» и хранения, т.е. действуют как независимые центры данных, в которых компании хранят и обрабатывают данные по запросу. Как правило, такие центры — крупные кластеры компьютеров, соединенные скоростными локальными сетями, постоянно действующие и получающие значительные выгоды от экономики масштаба.

Появление облачных вычислений частично сняло проблему масштаба, связанную с ИТ-инфраструктурой, преобразуя постоянные издержки в переменные и давая малым фирмам возможность работать, не владея физическими инфраструктурными объектами. Когда такие компании, как Amazon, Google и Microsoft обеспечивают алгоритмы машинного обучения как элемент сервиса облачных вычислений, малым фирмам становится все удобнее обрабатывать и извлекать информацию из данных, используя внешнюю ИТ-инфраструктуру. По прогнозам Cisco, к 2019 г. 86% обработки коммерческих данных будет осуществляться путем облачных вычислений²⁰. Но по мере расширения круга фирм, зависящих от инфраструктуры нескольких провайдеров, последние получают доступ к значительным объемам разнообразных данных, благодаря чему могут совершенствовать собственные алгоритмы анализа данных. Если тенденции не изменятся, в будущем может возникнуть проблема для конкуренции, поскольку новые участники рынка не смогут выстраивать достаточно мощную ИТ-инфраструктуру с аналитическим программным обеспечением, способным конкурировать с действующими игроками рынка.

д) Государственный сектор

Наконец, на противоположной стороне экосистемы находится государственный сектор, включающий центральное и местное правительства, а также государственные больницы, поликлиники, пенсионные фонды и другие государственные службы. Большие Данные собираются у граждан и иногда с платформ и от продавцов, когда последние по закону обязаны поставлять информацию. Государственный сектор является одним из наиболее информационно-емких секторов; в нем используются национальные базы данных для научных исследований и поддержки государственных услуг. Тем не менее можно развивать разработку имеющихся у правительственных организаций данных для общественных нужд, внедряя новые методы извлечения информации из данных и машинного обучения, созданные в частном секторе. В то же время использование Больших Данных для государственных услуг может вызвать проблему конкурентной нейтральности, поскольку в ряде областей частным фирмам трудно или даже невоз-

²⁰ См.: Cisco Global Cloud Index. Forecast and Methodology, 2012-2015 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.cisco.com/c/dam/en/us/solutions/collateral/service-provider/global-cloud-index-gci/white-paper-c11-738085.pdf> (дата обращения: 18.09.2016)

можно конкурировать с государством, по крайней мере, без доступа к данным коллективного пользования.

Б. Потенциальные проблемы в области конкуренции, связанные с использованием Больших Данных

Поскольку получение и использование Больших Данных становится ключевым параметром конкуренции, компании будут все интенсивнее вырабатывать стратегии приобретения и поддержания преимущества в данных. Как доказывают Штюке и Эзрачи, «компании все больше применяют бизнес-модели, в которых персональные данные являются ведущим вводимым фактором производства... Компании предлагают индивидуумам бесплатные услуги с целью получения ценных персональных данных, которые помогут рекламодателям лучше делать целевую рекламу для воздействия на поведение»²¹. Хотя конкурентное соперничество и стимулы к поддержанию преимущества в данных могут быть проконкурентными, принося выгодные для потребителей и компании инновации, некоторые антимонопольные органы подчеркивают, что сетевые эффекты и экономика масштаба, вызываемые Большими Данными, могут также приводить к рыночной власти и долгосрочным конкурентным преимуществам²².

Вызывает ли использование Больших Данных проблему, отличную от использования обычных или традиционных данных? Местные магазины процветали благодаря знанию своих покупателей. Традиционный продавец всегда выстраивает тесные отношения с клиентами, чтобы знать их предпочтения и предложить продукцию согласно их требованиям. Равным образом производители используют прошлые данные для оценки спроса и совершенствования товаров в высококонкурентных отраслях. Исходя из этого, можно ли утверждать, что Большие Данные создают новую, ранее не наблюдавшуюся проблему для конкуренции?

В отличие от традиционного сектора розничной торговли современные бизнес-модели нередко характеризуются сетевыми эффектами на основе данных, благодаря которым можно улучшить качество продукции или услуг. Такие определяемые данными сетевые эффекты — это результат двух систем обратной связи с пользователями, показанных на рис. 1. С одной стороны, имея широкую базу пользователей, компания может собирать больше данных для совершенствования качества сервиса (например, создавая более качественные алгоритмы) и таким образом приобретать новых пользователей — «система обратной связи с пользователями». С другой стороны, компании могут изучать пользовательские данные для улучшения целевого рекламирования и монетизации услуг, получая дополнительные денежные средства для инвестирования в качество услуг и опять-таки привлечения больше пользователей — «система монетизации обратной связи». Такие бесконечные системы способны сильно затруднить конкуренцию любого нового участника рынка со «старожилами», имеющими широкую клиентскую базу.

Для иллюстрации — если поисковик получает только 1000 запросов в день, алгоритмы располагают меньшим объемом данных для изучения управляемых результатов поиска (отличных от более прямых запросов) и меньше связанных с ними поисков, которые можно было бы предложить пользователям. При низкокачественных результатах

²¹ См.: *Stucke M., Ezrachi A. Virtual Competition*. Cambridge, 2016. P. 30 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674545472> (дата обращения: 2.12.2016)

²² См.: Report by the Autorité de la Concurrence...

поиска маловероятно привлечение большого числа пользователей от более крупных систем поиска. При меньшем количестве пользователей поисковая система интересна меньшему количеству рекламодателей, что означает меньше возможностей пользователей перейти на платные результаты поиска и, соответственно, низкий доход от рекламы для расширения платформы на другие сервисы.

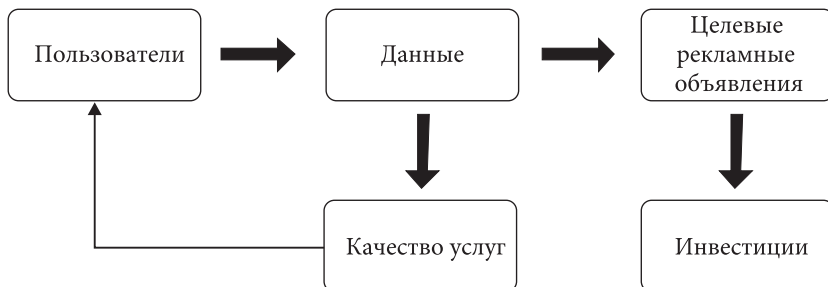


Рис. 1. Системы обратной связи

С приобретением каждого пользователя компанией по сравнению с конкурентами может возникнуть разрыв качества. Если пользователи замечают качественные различия, система обратной связи ускоряется, привлекая как новых пользователей, так и пользователей продукции конкурентов. На рынках с определяемыми данными сетевыми эффектами (поисковые системы, социальные сети и приложения управления с информацией, поставляемой сообществом) победитель не только получает потенциальный доход, например, когда пользователь щелкает на спонсируемых рекламных объявлениях; пользовательские данные также помогают повысить качество продукции, влияя на привлекательность продукта для будущих пользователей и рекламодателей. Подобные сетевые эффекты могут в конечном итоге сужаться. Однако сетевыми эффектами на основе данных на интерактивных рынках могут усилить процессы приобретения и потери пользователей.

В результате сетевых эффектов пользователи могут попасть в зависимость от доминирующей платформы, даже если они предпочитают другую платформенную модель. Например, хотя Интернет-пользователям могут импонировать предлагаемые некоторыми поисковыми системами опции сохранения конфиденциальности информации, крупные поисковики обеспечивают более целенаправленные результаты. Другой пример касается приложения пошаговой навигации, где меньшее приложение может обладать лучшими характеристиками, но пользователь нехотя применяет доминирующее приложение из-за лучшей информации о трафике, обеспечиваемой многими пользователями. Доминирующая платформа может не сделать ничего такого, чтобы быть признанной антиконкурентной, и все же система обратной связи может усиливать доминирование и препятствовать приобретению потребителей конкурентами.

Другое различие между современными приложениями Больших Данных и традиционными бизнес-моделями касается недостаточной физической связи между количеством и разнообразием данных, которые можно собрать в цифровой среде, и неограниченным знанием, которое можно получить, запустив алгоритмы извлечения информации из данных по целому ряду массивов данных или используя синтез данных.

В результате Большие Данные сместили наклон кривой бизнес-обучения (Рис. 2), сделав участок резкого ускорения для присутствующей на рынке Больших Данных компании длиннее, а возрастающую доходность данных — менее истощаемой. Когда участник рынка Больших Данных, наконец, выходит на стадию выравнивания, он уже достиг столь больших размеров, что любому меньшему игроку будет трудно осуществлять конкурентное давление, создавая возможности «отклонения» рынка и результатов по принципу «победитель получает все».

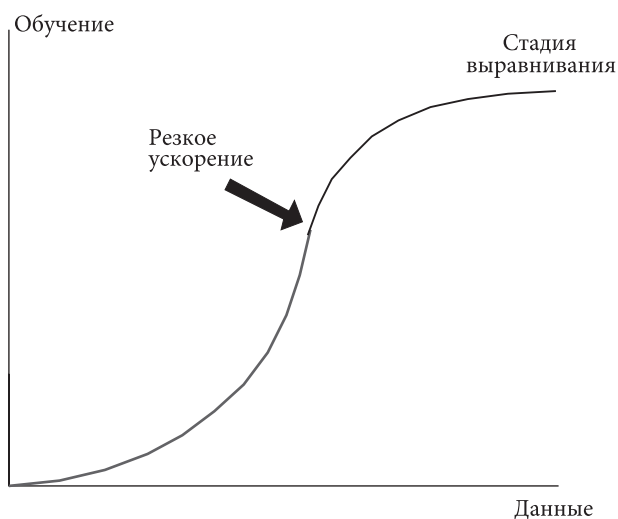


Рис. 2. Кривая бизнес-обучения

Проблемы для конкуренции могут также возникать в связи с тем, что структура издержек обработки и использования информации довольно необычна, в их числе высокие начальные невозвратные издержки и стремящиеся к нулю предельные издержки²³. Это особенно характерно для Больших Данных: информационные технологии хранения и обработки данных весьма затратны. Они охватывают крупные центры данных, серверы, программное обеспечение для анализа данных, Интернет-соединение с передовыми средствами сетевой защиты, высокооплачиваемые трудовые ресурсы (специалистов в области вычислительной техники и программистов). Как только система становится полностью работоспособной, данные в виде приращений могут «тренировать» и улучшать алгоритмы при низких издержках (также являясь, таким образом, элементом качества продукта или услуги). Такая структура издержек характеризуется значительным эффектом масштаба и диверсификации и может тем самым способствовать экономической концентрации, если на рынке Больших Данных действует небольшой круг участников.

Более того, в отличие от «малых данных», где единицы информации обеспечивают значимые и ценные представления, понятные человеку, ценность индивидуального наблюдения за Большими Данными невелика. К примеру, данные об одном щелкании мышкой на сайте бесполезны, если они не сопоставляются с миллиардом других подоб-

²³ См.: Shapiro C., Varian H. Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy // Harvard Business Review Press. Boston, 1999.

ных действий, которые затем нужно соотнести с решениями о покупках. Чтобы быть прибыльными, массивы Больших Данных нуждаются в масштабировании и чаще собираются именно крупными игроками. Наконец, другие конкурентные проблемы для конкуренции появляются из-за особенной структуры рынков, где, как правило, поддерживаются транзакции с Большими Данными.

Значение «больших данных» для контроля применения законодательства о конкуренции

В литературе нет консенсуса о влиянии Больших Данных на контроль реализации законодательства о конкуренции. Как представляется, растет понимание, что у антимонопольных органов есть четкая задача — предотвратить накопление рыночной власти через поглощения, например, когда защита конфиденциальности становится неотъемлемым качеством продукции. Другие исследователи, однако, утверждают, что действующие законодательные нормы по защите конфиденциальной информации и / или интересов потребителей адекватны для регулирования указанных проблем. В настоящем разделе рассматривается данная дискуссия и обсуждается потенциальное значение Больших Данных для эффективности инструментов конкуренции и основных направлений работы антимонопольных органов: анализ слияний, оценка злоупотреблений доминированием и борьба с картелями.

А. Действующие инструменты конкуренции, их ограничения и предлагаемые решения

Многие инструменты анализа конкуренции, например, определение рынка, недостаточны для полного учета характеристик цифрового рынка, скажем, при наличии бесплатных услуг. Тогда инструментарий типа критерия гипотетического монополиста или SSNIP-теста, равно как и большинство консенсуальных мер экономической концентрации, не охватывают специфические черты этих рынков.

Иногда простейшее внедрение текущих инструментов конкуренции оказывается достаточным; в других случаях регуляторы могут дополнительно ввести ряд критериев в рамках анализа конкретных дел. Мы постараемся не только выявить ограниченность нынешнего инструментария, но и предложить решения на основе свежего опыта.

1) Определение релевантного рынка для целей антимонопольного регулирования

В «экосистеме Больших Данных» эта задача особенно трудна, поскольку множество различных участников способны играть различные множественные роли и формировать между собой сложные отношения. На примере Apple видно, что такие компании одновременно являются платформой (через операционную систему iOS, Apple Store и iTunes), продавцами технологических продуктов (компьютеров, планшетов, телефонов, наблюдателей) и обеспечивают ИТ-инфраструктуру посредством сервиса iCloud. В то же время Apple взаимодействует со многими видами игроков, заключая сделки по продуктам и сервисам с потребителями, взимая плату с поставщиков контента (разработчиков приложения) за использование платформы Apple, продавая рекламное пространство и даже сотрудничая с другими платформами (в частности, Facebook или LinkedIn).

Из-за многосторонней структуры платформы антимонопольным органам, возможно, придется модифицировать традиционные SSNIP-тест и критерий гипотетического

монополиста (Вставка 2). Хотя теория экономики многосторонних платформ не нова, выявить многосторонность рынка, где цифровые платформы участвуют в обмене данными, может оказаться весьма трудной задачей. К примеру, традиционная платформа, газеты, четко действуют одновременно на рынке новостей и рекламы, меняя цену как для читателей, так и для рекламодателей. Но гораздо менее очевидно, на каком рынке работают компании типа Google, обеспечивающие многочисленные бесплатные сервисы (поиск, перевод, GPS-навигация, загрузка видео-роликов и социальная сеть помимо всего прочего). Чтобы знать многосторонний рынок, недостаточно рассматривать денежные операции, одинаково важно изучать любые потоки данных, которые наблюдаются на рынке.

То, что сбор данных для коммерческих целей позволяет компаниям предлагать все более широкий спектр продуктов бесплатно, имеет последствия для определения размеров релевантных рынков, поскольку SSNIP-тест и тест гипотетического монополиста принципиально опираются на ценовые механизмы. В результате, если продукты и услуги бесплатны, одним из нескольких возможных решений для определения рынка может быть количественная оценка качества, например, использование SSNDQ-теста для измерения последствий («небольшое, но существенное и долговременное уменьшение качества»)²⁴. Хотя данный критерий иногда применяется в отраслях, где качественные показатели являются общепринятыми и количественно измеримыми (например, здравоохранение), он также эпизодически используется в других отраслях, где адекватные показатели измерения качества еще предстоит разработать.

Определение рынка для многосторонних платформ

Цифровые рынки нередко характеризуются многосторонними параметрами и перекрестными внешними эффектами, что значительно усложняет определение рынка. Проблема изучена рядом авторов, начиная с классической работы Роше и Тирола²⁵ о конкуренции на многосторонних рынках. Позже Эванс и Ноэль²⁶, а также Филистручи и др.²⁷ сформулировали полезные выводы о адаптации традиционных инструментов определения рынка для платформ привлечения внимания и платформ подбора. В частности, предложен модифицированный SSNIP-тест, в котором учитываются перекрестные внешние эффекты роста цены на различные стороны рынка. Что касается платформ привлечения внимания, в литературе сложился консенсус, что если только потребители, рекламодатели, поставщики контента и другие участники не осуществляют прямых транзакций друг с другом, регуляторам следует давать разные определения рынка для каждой стороны платформы²⁸. Базовое обоснование определения множественных рын-

²⁴ См.: Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value // OECD Digital Economy Paper No. 220. Paris, 2013.

²⁵ См.: *Rochet J., Tirole J.* Platform Competition in Two-Sided Market // Journal of the European Economic Association. June 2003. No.1. P. 990–1029.

²⁶ См.: *Noel M., Evans S.* The Analysis of Mergers that Involve Multi-Sided Platform Businesses // Journal of Competition Law and Economics. September 2008. P. 663–695.

²⁷ См.: *Filistrucchi L., Geradin D., Damme E., Affeldt P.* Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice // Journal of Competition, Law & Economics. 2014. Vol. 10. No. 2. P. 293–339.

²⁸ См.: *Wright J.* One-Sided Logic in Two-Sided Markets // Review of Network Economics. 2004. Vol. 3.

ков заключается в том, что продукты могут восприниматься с разной степенью взаимозаменяемости на разных сторонах платформы: например, социальные сети и поисковые системы могут рассматриваться в качестве взаимозаменяемых для рекламодателей, но не для потребителей. Кроме того, как предполагают Эванс и Ноэль²⁹, Филиструччи и др.³⁰, при определении каждого рынка необходимо учитывать все внешние эффекты для остальных сторон. С этой целью антимонопольные органы могут применять модифицированный SSNIP-тест, оценивающий воздействие повышения цены на одном рынке на общую прибыльность платформы, включив в анализ перекрестную эластичность спроса между множественными сторонами. Определение рынка является менее сложным для платформ подбора, и большинство авторов согласно, что, как правило, достаточно определить один рынок, так как все транзакции происходят одновременно на разных сторонах платформы. В таком случае Filistrucchi и др.³¹ рекомендуют антимонопольным органам применять единый модифицированный SSNIP-тест, измеряя общую прибыльность небольшого повышения итоговой цены, устанавливаемой платформой. Фундаментальная разница при таком подходе состоит в том, что изменение цены может включать одновременные изменения постоянных и переменных сборов за транзакцию, взимаемых со всех сторон платформы. Тем не менее, ряд вопросов остается не рассмотренным исследователями. Что происходит, например, когда одна сторона платформы получает выгоды, а другой стороне (потребителям) наносится ущерб? Постарается ли антимонопольный орган суммировать и вычитать эффекты? Должен ли антимонопольный орган придавать больше значения интересам потребителей или нет? Последнее трудно, если одна сторона субсидирует другую. Более того, поскольку дело касается данных, будет ли антимонопольный орган также рассматривать эффекты, слияние которых на основе данных может помочь фирме приобрести или удержать власть на других рынках, связанных с платформой? Простых ответов на данные вопросы нет, и правоприменительная практика еще не накоплена. При слиянии на базе данных, например, возникающая в результате слияния эффективность может снижать рекламные издержки и нести выгоды рекламодателям благодаря улучшению целевой рекламы, влияющей на поведение потребителей, тогда как потребители по-прежнему будут получать бесплатные сервисы от другой стороны платформы. В свете данной дискуссии это будет положительным фактором. Предположим, однако, что качество в форме защиты конфиденциальных данных ухудшится после слияния. Тогда потребителям будет нанесен вред, поскольку защита конфиденциальности уменьшится в небольшой, но существенной постоянной степени. Что будет делать в этом случае антимонопольный орган для поддержания баланса между выгодами рекламодателя и потерями потребителя? Именно такого рода вопросы в ближайшем будущем выйдут на передний план для рынков, ориентированных на данные.

No. 1. P. 44–64.

²⁹ См.: Noel M., Evans S. Op. cit. P. 663–695.

³⁰ См.: Filistrucchi L., Geradin D., Damme E. V., Affeldt P. Op.cit. P. 293–339.

³¹ Ibid.

2) Оценка рыночной власти

Рыночную власть особенно трудно оценить, когда фирмы предлагают потребителям бесплатные сервисы в обмен на данные. Регуляторы могут недооценить степень рыночной власти или даже предположить, что на данном рынке конкурентных проблем нет. Однако бесплатное предложение может быть элементом стратегии максимизации прибыли для привлечения чувствительных к цене потребителей и затем обретения рыночной власти над другими группами участников, например, продавая информацию на других сторонах рынка (т.е. к примеру, на некоторых типах платформ Интернет-знакомств, когда доступ женщин бесплатный, а мужчин — платный). Рыночная власть также может быть реализована посредством неценовых аспектов конкуренции (фирмы предлагают продукцию или услуги ухудшенного качества, навязывают большие объемы рекламы или даже собирать, анализируют или продают избыточные данные о потребителях).

Антимонопольные органы Франции и ФРГ³² отмечают, что даже при бесплатной продукции обладание Большими Данными может стать важным источником рыночной власти, особенно когда такие данные могут использоваться как барьеры. Именно такое соображение послужило обоснованием блокировки Министерством юстиции США сделки слияния Bazaarvoice и Power-Review. Если бы сделка была разрешена, могли бы возникнуть серьезные барьеры входа на рынок для «платформ рейтинга и анализа» из-за потенциальной монополизации данных. Это и другие дела показывают, что на рынках с бесплатными предложениями рыночную власть лучше измерять долей контроля над данными, а не долей продаж или с помощью других традиционных методов.

Наконец, исходя из особенностей цифровой экономики, часто фирмы конкурируют за рынок вместо того, чтобы конкурировать на рынке, что ведет к ситуации «победитель получает все» (что произошло, когда Facebook вытеснила Myspace в качестве наиболее популярной социальной сети). Такая форма конкуренции типична среди цифровых платформ, и могут потребоваться новые критерии должной оценки рыночной власти (см. Вставку 3). В таких случаях упор на состязательности рынков играет решающую роль для гарантии, что доминирующие компании по-прежнему будут ощущать конкурентное давление, постоянно стимулирующее совершенствование продукции и сохранение низких цен.

Оценка рыночной власти платформ

Антимонопольный орган ФРГ опубликовал отчет (2016) с рекомендациями по улучшению оценки рыночной власти в особой ситуации платформ и сетей. Признавая наличие высокой отдачи от масштаба, связанного с Большими Данными, равно как и прямые и косвенные сетевые эффекты, которые могут приводить к монополизации рынков, орган предлагает рассматривать дополнительные критерии при оценке состязательности рынков. Согласно отчету, рыночная власть может ограничиваться способностью потребителей работать с несколькими физическими линиями данных и, что важнее, стимулами так поступать. Например, на рынке поисковиков практически нет ограничений для работы с несколькими физическими линиями данных, но пользователей-поисковиков можно поощрять систематически использовать одну и ту же поисковую систему с помощью выбо-

³² См.: Report by the Autorité de la Concurrence...

ра по умолчанию или сетевых эффектов, изменить которые трудно. Инертность потребителей также означает предрасположенность к выбору по умолчанию на используемом устройстве. Новым участникам рынка это усложняет набор критической массы осуществляющих поиск пользователей, необходимой для утверждения своих позиций. Другие критерии, предложенные антимонопольным органом ФРГ, касаются выяснения: достаточно ли платформы дифференцированы, благодаря чему можно ориентироваться на разные группы потребителей, и уменьшается риск монополизации. Другой момент заключается в том, что любые технологические или физические ограничения платформ, которые приводят к перегрузке, повышают стимулы входа. Наконец, если рынок обладает высоким инновационным потенциалом, это ограничивает возможности монополизации, так как интенсифицируется динамическая конкуренция и новые участники могут опередить действующих участников рынка.

Б. Основные направления деятельности антимонопольных органов: противодействие картелям, оценка злоупотребления доминирующим положением и анализ сделок слияния

1. Сговоры

В современной литературе практически отсутствует дискуссия о последствиях Больших Данных для выявления и расследования картелей, возможно, из-за того, что пока расследовано очень мало подобных дел. Тем не менее воздействие Больших Данных на благополучие потребителей станет значительным по мере того, как передовые методы анализа данных, средства программирования и искусственный интеллект повышают прозрачность и возможности сопоставления цен через Интернет, что скорее всего будет способствовать значительному усилению координации на рынке.

а) Появление цифровых картелей

Есть доказательства, что цифровые картели появились прежде чем Большие Данные стали «большими». В известном деле, расследованном Министерством юстиции США в 1990-х гг., ведущие американские авиакомпании обвинялись в использовании базы данных с подробной информацией о ценах на билеты для повторяющихся объявлений тарифов и быстрого изменения цен, чтобы вступить в онлайн-сговор (Вставка 4). Но через три года дело было закрыто ввиду заключения мирового соглашения между Министерством и авиакомпаниями; таким образом, судебного прецедента не возникло.

В 2015 г. Министерство юстиции США впервые привлекло к суду действовавший на цифровом рынке картель, участниками которого были несколько продавцов, устанавливавших цены на рекламные объявления, продававшиеся на электронной торговой площадке Amazon. В частности, Министерство предъявило обвинение должностному лицу компании, разработавшему ценовой алгоритм, реагирующий на предпочтения потребителей, который был предоставлен другим продавцам и реализован параллельно в целях координации цены. Заместитель генерального прокурора США Б.Байер тогда заявил: «Мы не потерпим антиконкурентного поведения, имеет ли оно место в курилке или в Интернете с использованием сложных ценовых алгоритмов»³³.

³³ См.: Department of Justice of the United States of America. Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution. April 2015 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace> (дата обращения: 8.11.2016)

Поскольку антимонопольные органы по-прежнему редко уделяют внимание цифровым картелям, компании имеют огромные стимулы для поиска новых «креативных» способов использования Больших Данных с целью сговора, особенно если усовершенствованные антиконкурентные практики сложно выявить и доказать в суде. Штюке и Эзрачи³⁴ описывают четыре потенциальные стратегии использования Больших Данных в целях сговоров, и антимонопольным органам полезно изучить данную информацию.

Во-первых, фирмы могут использовать анализ данных в режиме реального времени для мониторинга соответствия прямо сформулированному соглашению, во всех остальных аспектах схожего с традиционным картелем. Во-вторых, фирмы могут коллективно использовать идентичные ценовые алгоритмы, позволяющие им одновременно корректировать цены на основе поступающих данных о рынке, как, например, в деле об установлении цены на рекламные объявления. Если конкуренты используют вертикально-интегрированную компанию для реализации алгоритма, может возникнуть классический разветвленный картель. В-третьих, на высокоорганизованном уровне фирмы могут использовать Большие Данные для скрытого сговора либо повышая прозрачность рынка, либо путем более взаимозависимых действий — например, программируя немедленные ответные меры при снижении цены. В-четвертых, компании могут использовать искусственный интеллект для создания максимизирующих прибыль алгоритмов, которые через машинное обучение ведут к скрытому сговору, даже если изначально программист не предвидел такого результата.

Две последние стратегии становятся серьезной проблемой для антимонопольных органов — доказать намерение координации цен очень трудно или невозможно с помощью нынешних инструментов антимонопольного контроля. В частности, в случае с искусственным интеллектом нет юридических оснований привлечь к ответственности специалиста по вычислительной технике за программирование вычислительной машины таким образом, что в конце концов она «самообучилась» координировать цены с другими машинами³⁵.

Дело авиакомпаний в США

В 1990-х гг. Минюст США расследовал установление тарифов авиаперевозок. Участники картеля скрытно координировали тарифы, используя центр сторонней компании и тщательно разработанные сигнальные механизмы. Дело подробно описано С.Боренштейном³⁶. Авиакомпании в США ежедневно отправляли информацию о ценах на билеты в Компанию по публикации тарифов авиакомпаний (АТРСО). Это центральная информационная служба, которая собирает все поступающие данные и передает их в режиме реального времени турагентам, системам компьютерного бронирования билетов, потребителями и даже непосредственно авиакомпаниям. База данных АТРСО, включает, помимо всего прочего, информацию о ценах, датах поездки, аэропортах вылета и прилета, ограничени-

³⁴ См: *Stucke M., Ezrachi A. Virtual Competition...* P. 30.

³⁵ Две данные стратегии сговоров и соответствующие проблемы в сфере конкуренции рассмотрены в: *Ibid.* P. 30.

³⁶ См.: *Borenstein S. Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case / J. Kwoka, L. White (eds.). The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy [Электронный ресурс]: // URL: <http://faculty.haas.berkeley.edu/borenste/download/atpcase1.pdf> (дата обращения: 17.11.2016)*

ях по билетам, так же как начальную и конечную даты на билетах, обозначающие временной интервал, в течение которого билеты поступают в продажу по указанной цене. По данным Министерства юстиции, авиакомпании использовали начальные даты билетов для объявления о повышении тарифов за несколько месяцев вперед. Если бы конкуренты действовали соответственно этим заявлениям, то при наступлении начальной даты все компании повышали бы тарифы одновременно. Некоторые координационные стратегии были более изощренными, включая использование кодовых номеров тарифов и примечания к дате билета для подачи сигналов или переговоров о мультирыночной координации. Министерство юстиции доказывало, что именно механизм быстрого обмена данными для мониторинга тарифов и оперативного реагирования на изменения цен позволил компаниям достичь сговора при отсутствии коммуникации в явной форме. Поскольку законодательство о конкуренции не запрещает скрытых сговоров, а неявные согласованные действия при рассмотрении уголовного дела доказать очень трудно, в конечном итоге Министерство пошло на мировое соглашение³⁷ с авиакомпаниями: последние согласились в основном прекратить заранее объявлять о повышении цен, за исключением ряда обстоятельств, когда раннее оповещение может способствовать повышению благосостояния потребителей. Все тарифы авиакомпаний-ответчиков должны были стать параллельно доступны для продажи потребителям.

б) Антимонопольное регулирование в области Больших Данных

Остается неясным, как антимонопольные органы скорректируют инструментарий противодействия цифровым картелям, но, вероятно, любой действенный ответ потребует использования аппарата теории игр и действия аналогичным образом. Другими словами, для выявления согласованных действий на цифровом рынке, возможно, придется внедрять усложненные методы анализа данных в правоприменительную практику по делам о нарушении норм конкуренции. Для этой цели антимонопольным органам могут потребоваться дополнительные ресурсы, например, специалисты по компьютерным технологиям.

В экономической литературе предлагаются методы разграничения состояния конкуренции и сговора на основе результатов наблюдений, обычно известные как методы скрининга, хотя они еще не стали распространенными³⁸. Харрингтон³⁹ рассматривает эмпирические подходы к выявлению картелей, включая модели обнаружения подделок заявок в ходе государственных закупок⁴⁰ и модели проверки ценовых сговоров⁴¹. Постоянно

³⁷ См.: DOJ and American Airline, Inc. Settlement Agreement. September 23, 2004 [Электронный ресурс]: // <https://www.justice.gov/atr/case-document/settlement-agreement-and-order> (дата обращения: 7.11.2016)

³⁸ См.: OECD. Roundtable on Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels. Background Note for Competition Committee [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2013\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2013)14&docLanguage=En) (дата обращения: 7.11.2016)

³⁹ См.: *Harrington J. Detecting Cartels / Buccrossi P. (ed.). Handbook in Antitrust Economics. Cambridge (Mass.), 2008* [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.assets.wharton.upenn.edu/~harrij/pdf/DetectingCartels-10.8.05.pdf> (дата обращения: 5.11.2016)

⁴⁰ См.: *Bajari P, Ye L. Deciding Between Competition and Collusion // Review of Economics and Statistics. Vol. 85. 2003. P. 971–989.*

⁴¹ См.: *Porter R. Optimal Cartel Trigger Price Strategies // Journal of Economic Theory. 1983. Vol. 29. P. 313–338.*

развиваются новые методы, например, концептуальная схема, разработанная Мармером и др.⁴² для выявления сговоров на открытых аукционах с восходящими ценами, все чаще наблюдаемых на Интернет-рынке. Преимущество методов скрининга на базе анализа данных состоит в быстром выявлении как формализованных, так и неформализованных картелей, что означает возможности выявления всех форм картелей, действующих в Сети.

Когда фирмы используют алгоритмы и машинное обучение для скрытых сговоров, методов скрининга недостаточно, поскольку фирмы можно осудить только если они участвуют в явно выраженном процессе коммуникации в любой форме или, по крайней мере, показывают намерение участвовать в сговоре. Определение способов предотвращения сговоров между самообучающимися алгоритмами, возможно, является одной из самых сложных проблем, с которой когда-либо сталкивались антимонопольные регуляторы, и решение которой может включать искусственное формирование более неустойчивых рыночных условий и меньшей предрасположенности к скрытым сговорам. Штюке и Эзрачи⁴³ предлагают пути достижения данной цели — спонсирование входа независимой компании, чей быстрый рост может разрушить картель; создание системы секретных скидок, посредством которых фирмы могут снизить цены незаметно для соперников; применять минимальный промежуток времени для изменений цены, чтобы стимулировать компании предлагать более низкие цены, чем установленные. Но, как они напоминают, у каждого решения есть недостатки. Таким образом, предлагаемые ими решения пока находятся на ранней стадии разработки и необходимы дальнейшие исследования в данной области.

2. Злоупотребление доминированием

Управление большим объемом разнообразных данных может быть важным источником роста производительности и создания инновационной продукции. Когда Большие Данные сконцентрированы в руках небольшого количества крупных участников рынка, такие игроки приобретают существенное преимущество, с которым трудно конкурировать новым участникам рынка. Хотя сбор и управление существенными объемами данных законны, ненадлежащее использование Больших Данных в целях повышения издержек входа или поддержания рыночной власти может быть признано нарушением законодательства о конкуренции, требующим вмешательства антимонопольных органов.

а) Исключающее поведение

Цель исключяющего и хищнического поведения, обусловленного контролем данных, может состоять в ограничении возможности своевременного доступа конкурентов к ключевым данным, препятствовании коллективному использованию их другими участниками рынка или переносимости данных либо вытеснению соперников, несущих угрозу связанному с данным конкурентным преимуществом действующего участника рынка. Эти цели достигаются, например, через эксклюзивные контракты со сторонними поставщиками данных.

В совместном отчете антимонопольных органов⁴⁴ выделены формы злоупотреблений, включая использование Больших Данных для закрытия рынка. Один из приведенных там примеров касается дискриминационного доступа к данным с намерением

⁴² См.: *Marmer V., Shneyerov A., Kaplan U. Identifying Collusion in English Auctions*. 2016 [Электронный ресурс]: // URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2738789 (дата обращения: 17.11.2016)

⁴³ См.: *Stucke M., Ezrachi A. Op. cit.* P. 30.

⁴⁴ См.: Report by the Autorité de la Concurrence...

обеспечить необоснованное преимущество компании над конкурентами. Это наблюдается, например, когда поставщик, платформа или оператор торговой площадки вертикально интегрирован в розничный рынок и использует доступ к данным в сегменте поставщиков для получения несправедливого преимущества над другими розничными продавцами. Даже при отсутствии вертикальных взаимоотношений компания может дискриминировать доступ к данным, чтобы остановить сильного конкурента. Антимонопольная служба Франции (ADLC) расследовала действия компании Cegedim⁴⁵: отказ продавать информацию из медицинской базы данных (над которой компания имела эксклюзивный контроль) любым потребителям, пользующихся программным обеспечением кого-либо из основных конкурентов компании.

Антимонопольная служба Великобритании (СМА)⁴⁶ отмечает, что фирмы могут использовать контроль данных на рынках для усиления своей власти на других взаимосвязанных рынках, применяя связывающие или навязывающие стратегии. Фирмы могут навязывать покупку их массивов данных совместно с их сервисами анализа данных. Иногда связывающие продажи порождают выгоды эффективности. Однако каждый случай нужно рассматривать отдельно, чтобы выяснить, кроме всего прочего, не является ли целью непосредственно монополизация данных и повышение издержек или же препятствие входу новых конкурентов на рынок.

Менее очевидный вид исключаящего поведения может принимать форму нарушения прав потребителей на защиту конфиденциальности информации — к такому выводу пришел антимонопольный орган Германии в ходе расследования Facebook. Президент Bundeskartellamt А. Мундт заявил: «Важно понять в контексте злоупотребления рыночной властью, были ли потребители информированы о виде и объеме собираемых данных»⁴⁷.

Следует ли анализировать нарушения конфиденциальности в рамках законодательства о конкуренции, или этим должны заниматься органы защиты прав потребителей — по-прежнему вопрос открытый, и ответ на него зависит от природы злоупотребления. Например, антимонопольные органы должны обратить внимание, если можно обоснованно считать, что нарушение конфиденциальности способствует приобретению или поддержанию монопольной власти (особенно на рынках с сильными сетевыми эффектами, обусловленными контролем над данными). Или когда нарушение конфиденциальности является исключаящим поведением — извлечение конфиденциальной информации, недоступной конкурентам и использование этих данных для исключения соперников или наращивания барьеров входа на рынок.

б) Данные как важнейшие исходные ресурсы и доктрина ключевых мощностей

Специалисты-практики обсуждают, можно ли рассматривать данные в качестве важнейших исходных ресурсов на ряде рынков, без которых компании не могут конкурировать. Ясно, что в некоторых случаях данные, а точнее, знание, полученное из

⁴⁵ См.: Autorité de la Concurrence. Décision No. 14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14d06.pdf> (дата обращения: 20.11.2016)

⁴⁶ См.: UK Competition and Market Authority. The Commercial Use of Consumer Data. Report on the CMA's Call for Information. London, 2015 [Электронный ресурс]: // URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf (дата обращения: 19.11.2016)

⁴⁷ См.: Mündt A. Bundeskartellamt Initiates Proceedings against Facebook on Suspicion of having Abused its Market Power by Infringing Data Protection Rule. 2016 [Электронный ресурс]: // URL: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html (дата обращения: 16.11.2016)

данных, является источником существенного конкурентного преимущества⁴⁸. Соответственно дискутируется, уместно ли использовать аргумент «ключевых мощностей».

Признавая, что доктрина ключевых мощностей не является общепризнанной в практике судебных или антимонопольных органов, добавление быстро меняющихся и спекулятивных требований о применении этой доктрины является особенно сложным и сталкивается с серьезным сопротивлением не только в исследованиях, спонсированных участниками рынка⁴⁹, но и со стороны некоторых практиков в области антимонопольного регулирования (Балто и Лейн)⁵⁰ и ученых (Сокол и Комерфорд)⁵¹. Указанные авторы, как правило, утверждают, что данные не составляют решающего ресурса успеха любой фирмы, поскольку новые инновационные участники способны утвердиться на рынке, несмотря на изначально небольшую долю пользовательских данных: «...в истории цифровой экономики есть много примеров: Slack, Facebook, Snapchat и Tinder, когда понимание потребностей клиентов позволило выйти на рынок и стремительно преуспеть вопреки сетевым эффектам»⁵².

Действительно, указанные новые участники рынка сумели отеснить действующих игроков с их позиций, но роль Больших Данных в качестве важнейшего элемента бизнес-стратегии — относительно новое явление, и технологические разработки и бизнес-модели, вытекающие из использования технологий глубокого обучения, значительно отличаются от того периода, когда компании выходили на рынок. Поэтому вполне возможно, что новым компаниям становится все труднее разработать инновационные решения, которые являются прорывными для оказания конкурентного давления на доминирующих игроков рынка или участников с прочными позициями.

Для применения так называемой доктрины ключевых мощностей недостаточно показать, что Большие Данные являются незаменимым исходным ресурсом; необходимо также доказать, что конкуренты не в состоянии их дублировать⁵³. Оппоненты доктрины ключевых мощностей нередко прибегают к доводу, что данные нельзя легко монополизировать: они не имеют конкурентного характера и, как утверждают, неэксклюзивны, так как нет соглашений, препятствующих пользователям делиться своими персональными данными со многими компаниями. Более того, аргументируется, что существует очень мало барьеров на пути доступа новых платформ на рынок, поскольку сбор данных относительно недорог, данные имеются в большом количестве и действительны в течение короткого периода времени⁵⁴. Однако, как было сказано ранее, не столько сбор

⁴⁸ См.: *Stucke M.E., Grunes A.P.* Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust // *CPI Antitrust Chronicle*. University of Tennessee Legal Studies. Research Paper No. 276. 2015 [Электронный ресурс]: // URL: <http://ssrn.com/abstract=2612562> (дата обращения: 18.11.2016). См. также: *Stucke M.E., Ezechia A.* Op. cit. P. 30; *Newman N.* Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data, 2013 [Электронный ресурс]: // URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2309547 (дата обращения: 15.11.2016)

⁴⁹ См.: *Lerner A.* The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition, 2014 [Электронный ресурс]: // URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780 (дата обращения: 31.10.2016)

⁵⁰ См.: *Balto D., Lane M.* Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data, 2016 [Электронный ресурс]: // URL: <http://ssrn.com/abstract=2753249> (дата обращения: 4.10.2016)

⁵¹ См.: *Sokol D., Comerford R.* Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data? / *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*. Cambridge (Mass.), 2016. P. 5.

⁵² Ibidem.

⁵³ См.: *Lipsky A., Sidak J.* Essential Facilities // *Stanford Law Review*. Vol. 51. No. 5. 1999. P. 1187–1249.

⁵⁴ Балто и Лейн сравнивают попытку монополизировать данные с монополизацией воды во время цунами или грозы. См.: *Balto D., Lane M.* Op. cit.

данных, сколько способность оперативно извлекать полезную информацию из большого объема разнообразных данных обеспечивает конкурентное преимущество.

3. Анализ сделок слияния

Анализ Больших Данных в рамках конкурентной политики обосновывается, по крайней мере, частично, рядом трансграничных сделок, например, слияний Google/DoubleClick⁵⁵ и Facebook/WhatsApp⁵⁶, привлечших внимание общественности и специалистов-практиков. Эти сделки не соответствуют традиционной категоризации, поскольку их трудно квалифицировать как горизонтальные или конгломератные слияния, и антимонопольным органами пришлось бы проводить сложный анализ.

Когда антимонопольные органы сосредотачиваются исключительно на ценовых эффектах сделки, некоторые слияния могут получить безусловное одобрение, неся между тем потребителю в дальнейшем значительные издержки. Однако если учитывать риск монополизации данных или издержки нарушения конфиденциальности потребителей, решения могут радикально измениться, отразив другие важные аспекты конкурентной политики. В данном разделе обсуждается, каким образом вопросы сохранения конфиденциальности влияют на анализ сделок слияния, и достаточны ли существующие пороговые значения нотификации для выявления сделок, обусловленных Большими Данными.

а) Учет аспектов соблюдения конфиденциальности данных при анализе сделок слияния

Накопление большого объема данных о поведении потребителей и распространение целевой рекламы накладывает на потребителей издержки в форме потери конфиденциальности. Плата, фактически выплачиваемая потребителями за Интернет-услуги, значительно выходит за рамки регулярных рекламных пауз (например, при использовании сервиса потоковой передачи музыки, Spotify) или баннерной рекламы рядом с вводом поискового запроса. Данные о потребителях и запросах поиска также анализируются программным обеспечением интеллектуального анализа данных, что иногда означает значительное вмешательство в частную жизнь. Примером служит анекдотический случай с Target, второй в США сеть розничных магазинов со сниженными ценами. Target использовал данные о предшествующих покупках, в частности, для оценки в баллах вероятности беременности у покупательниц. Согласно пресс-релизу⁵⁷, эта компания на основании собственных вероятностных расчетов послала множество купонов на детские изделия девочке-подростку, что в конце концов насторожило ее отца, который решил, что дочь беременна.

Этот и подобные случаи способствовали росту озабоченности защитой конфиденциальности потребительской информации в контексте использования Больших Данных. Беспокойство проявляют не только организации, защищающие интересы потребителей и конфиденциальность данных, но и антимонопольные органы, которые уже начали включать компоненты защиты конфиденциальности в конкурентную политику. По-видимому, первое дело о нарушении антимонопольных норм, касающееся конфиденциальности информации, связано со слиянием Google/DoubleClick⁵⁸; член Феде-

⁵⁵ См.: Case № COMP/M.4731 [Электронный ресурс]: // URL: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf (дата обращения: 26.09.2016)

⁵⁶ Case № COMP/M.7217 [Электронный ресурс]: // URL: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf (дата обращения: 27.09.2016)

⁵⁷ См.: Hill K. How Target Figured Out A Teen Girl Was Pregnant Before Her Father Did // Forbes. February 16, 2012 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.forbes.com/forbes/welcome/?toURL=http://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/&refURL=https://www.google.ru/&referrer=https://www.google.ru/> (дата обращения: 25.09.2016)

⁵⁸ Case № COMP/M.4731.

ральной торговой комиссии США П. Харбор поставила тогда вопрос о том, что слияние лишит потребителей «значимых возможностей конфиденциальности данных» (тем не менее Комиссия одобрила сделку)⁵⁹. А когда было объявлено о создании совместного предприятия Microsoft и Yahoo, председатель подкомитета Сената по антitrustу Х. Коль напомнил о важности оценки воздействия сделки на конфиденциальность данных Интернет-пользователей⁶⁰.

Введение защиты конфиденциальности в конкурентную политику не является всеобщей практикой. Некоторые деятели конкурентного сообщества полагают, что единственной целью конкурентной политики должно быть содействие конкуренции как средства эффективного распределения ресурсов, тогда как другие общественные интересы должны защищаться иными государственными органами⁶¹. Например, Купер⁶² доказывает, что защита конфиденциальности в рамках законодательства о конкуренции приведет к нежелательной субъективности в антимонопольном правоприменении и может вступать в конфликт с фундаментальным правом на свободу слова, защищаемым Первой поправкой в США и конституциями многих других стран.

С другой стороны, аргументируется, что в условиях, когда нарушение конфиденциальности компаниями имеет место при осуществлении рыночной власти, у антимонопольных органов могут быть законные основания рассматривать вопросы конфиденциальности как проблему антимонопольного регулирования⁶³. Поскольку данные характеризуются как «новая валюта Интернета», рост сбора частных данных можно сопоставить с ростом цен. Или равным образом, если потребители ценят конфиденциальность, снижение ее уровня аналогично снижению качества сервиса. Например, в деле Facebook/WhatsApp⁶⁴ (Вставка 5) сотрудники Европейской комиссии отметили, что если после реализации сделки веб-сайт «начнет требовать от потребителей сообщать больше персональных данных или давать такие данные третьим сторонам на условиях доставки своей «бесплатной» продукции, это можно будет рассматривать либо как повышение цены, либо снижение качества продукции»⁶⁵.

⁵⁹ См.: *Harbour P., Koslov T.* Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets // *Antitrust Law Journal*. 2010. Vol. 76. P. 769–794.

⁶⁰ См.: *Lande R.* The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern // *ScholarWords@University of Baltimore School of Law*. February 25, 2008 [Электронный ресурс]: // URL: http://scholarworks.law.uabalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1721&context=all_fac (дата обращения: 28.08.2016)

⁶¹ Напр., Сокол и Комерфорд считают, что антимонопольное регулирование плохо подходит для защиты прав потребителей. См.: *Sokol D., Comerford R.* Op. cit. P. 5.

⁶² См.: *Cooper J.* Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, the First Amendment, and Subjectivity // *George Mason Law Review*. 2014 [Электронный ресурс]: // URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2283390 (дата обращения: 15.09.2016)

⁶³ См.: European Data Protection Supervisor. Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay Between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy, Preliminary Opinion of the EDPS [Электронный ресурс]: // URL: https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26_competition_law_big_data_EN.pdf (дата обращения: 14.09.2016). См. также: *Stucke M.E., Grunes A.P.* Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust...; *Newman N.* Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data, 2013 [Электронный ресурс]: // URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2309547 (дата обращения: 26.11.2016)

⁶⁴ См.: Case № COMP/M.7217.

⁶⁵ *Ocello E., Sjödin C., Subočs A.* What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU Merger Case // *Competition Merger Brief 1/2015* [Электронный ресурс]: // URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2015/cmb2015_001_en.pdf (дата обращения: 23.09.2016)

В целом антимонопольные органы признают важность качества как конкурентной характеристики, особенно когда продукт или услуга предлагаются «бесплатно»⁶⁶. Вопросы соблюдения конфиденциальности могут попадать в сферу неценовой конкуренции. Киммель и Кестенбаум утверждают⁶⁷: «Антимонопольное регулирование касается потребительского выбора, а цена — только один из видов выбора. Конечной целью антимонопольного законодательства является способствовать тому, чтобы свободный рынок принес потребителям все, что они хотят от конкуренции. Естественно, сначала идет конкурентная цена, но потребители также хотят оптимального уровня разнообразия, инноваций, качества и других форм неценовой конкуренции, включая защиту конфиденциальности».

Сбор персональных данных не обязательно ухудшает положение потребителей, поскольку позволяет компаниям улучшать качество продукции и грамотнее делить потребителей на группы. Тем не менее конфиденциальность, несомненно, является аспектом качества, который можно охарактеризовать как форму горизонтальной дифференциации, так как одни потребители предпочитают высокую степень защиты данных, а другие — стремятся раскрывать данные о себе, чтобы получать выгоды от более персонализированных и целевых реклам⁶⁸.

Рассмотрение конфиденциальности как параметра неценовой конкуренции будет иметь существенное значение для анализа сделок слияний и в итоге влиять на решения о разрешении или блокировке сделки. В частности, оценивая, может ли слияние существенно ухудшить благосостояние потребителей, имеющих строгие предпочтения, антимонопольные органы смогут отказывать в одобрении поглощения фирм, предлагающих услуги с усиленной защитой конфиденциальности. Такова ситуация с Интернет-компанией DuckDuckGo, предлагающей услуги поисковой системы без сбора или обмена какой-либо персональной информацией (например, IP-адреса, запросов поиска и прошлых запросов). У фирмы есть дополнительные механизмы защиты данных, не допускающие любых видов cookie-файлов, сохраняемых в клиентской системе в браузере, и направляющие пользователей на кодированные версии основных сайтов, а также обладающие опцией отключения рекламы).

Слияние Facebook/WhatsApp

Социальные сети и передача текстовых сообщений — одни из наиболее популярных сервисов на Интернет-рынке, особенно широко использующиеся моло-

⁶⁶ См.: Microsoft / Skype (Case Comp/M.6281). Commission Decision C 7279. October 7, 2011, para 81 (noting: “Since consumer communications services are mainly provided for free, consumers pay more attention to other features” and “quality is therefore a significant parameter of competition”) [Электронный ресурс]: // URL: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf (дата обращения: 30.09.2016); Microsoft/Yahoo! Search Business (Case Comp/M.5727), Commission Decision C (2010) 1077. [Электронный ресурс]: // URL: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf (дата обращения: 29.09.2016)

⁶⁷ См.: Kimmel L., Kestenbaum J. What’s Up with WhatsApp? A Transatlantic View on Privacy and Merger Enforcement in Digital Markets // Antitrust. 2014. Vol. 29. No. 1. [Электронный ресурс]: // URL: <http://connection.ebscohost.com/c/articles/102841624/whats-up-whatsapp-transatlantic-view-privacy-merger-enforcement-digital-markets> (дата обращения: 8.08.2016)

⁶⁸ См.: Cooper J. Op. cit.

дежью. Согласно некоторым исследованиям⁶⁹, в 2015 г. американские подростки посылали и получали в среднем по 30 текстовых сообщений в день, 71% пользовались услугами Facebook. Поскольку WhatsApp владела ведущей платформой обмена сообщениями, а Facebook предлагала наиболее широко используемую социальную сеть и собственные платформы обмена сообщениями, фотографиями и видео (например, Facebook Messenger и Instagram), слияние двух компаний оказалось в центре дискуссий о Больших Данных, конкуренции и конфиденциальности. Дело Facebook/WhatsApp иллюстрирует типичное слияние двух горизонтально дифференцированных продуктов, обеспечивающих различные соотношения цены и конфиденциальности. Сервис WhatsApp всегда был либо бесплатным, либо в некоторых странах с пользователей взималась номинальная плата в обмен на сервис без рекламы и без сбора персональных данных, а услуги обмена сообщениями в Facebook всегда были бесплатными, но включали сбор данных для целевой рекламы. В заявлении Центра сохранения конфиденциальности информации, передаваемой электронными средствами⁷⁰, подчеркивается, что Служба сообщений Facebook общеизвестна практикой обширного сбора данных. Когда Facebook модернизировала систему обмена текстовыми сообщениями в ноябре 2010 г., все пользователи системы были автоматически подписаны на нее и изначально заблокирована возможность удалять отдельные сообщения. Без согласия пользователей новая система передачи сообщений также собирала данные из профиля в социальной сети Facebook для определения приоритета сообщений определенных пользователей. Сейчас даже если пользователь удаляет сообщение, оно продолжает храниться на серверах. В конце 2013 г. Slate⁷¹ сообщил, что даже когда пользователь решает не отправлять сообщение, Facebook по-прежнему отслеживает, что пользователь написал».

Несмотря на опасность нарушения конфиденциальности, Федеральная торговая комиссия и Европейская Комиссия одобрили слияние⁷² на условиях, что сервис WhatsApp продолжит соблюдать предшествующую политику конфиденциальности и получать согласие пользователей перед изменением любых процедур. Анализ сделки показал, что высокая концентрация данных по-прежнему не приведет к доминированию на рекламном рынке образовавшегося в результате слияния хозяйствующего субъекта, учитывая присутствие конкурентов, контролирующих значительную долю сбора данных в Сети. Однако Штюке и Грюнс⁷³ предполагают, что при анализе не принято во внимание возможное в будущем воздействие ухудшения качества на потребителей, которые могут не осознавать любые последующие изменения в процедурах конфиденциальности или не иметь стимулов к переходу на другие системы обмена сообщениями с лучшей защитой

⁶⁹ Lenhart A. Teens, Social Media & Technology. Overview 2015. Pew Research Center [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.pewinternet.org/2015/04/09/teens-social-media-technology-2015/> (дата обращения: 17.09.2016)

⁷⁰ См.: Electronic Privacy Information Center, WhatsApp [Электронный ресурс]: // URL: <http://216.92.162.125/privacy/internet/ftc/whatsapp/> (дата обращения: 12.09.2016) Цитируется политика конфиденциальности WhatsApp, принятая в 2012 г.

⁷¹ [Электронный ресурс]: // URL: www.slate.com/articles/technology/future_tense/2013/12/facebook_self_censorship_what_happens_to_the_posts_you_don_t_publish.html: (дата обращения: 13.09.2016)

⁷² См.: Case № COMP/M 7217.

⁷³ См.: Stucke M., Grunes A. Big Data and Competition Policy...

конфиденциальности из-за замыкания на данном сервисе в результате сетевых эффектов. И действительно, 25.08.2016 WhatsApp объявила о скором переходе к «обмену некоторой информацией о подписчиках с Facebook»⁷⁴.

б) Пороговые значения нотификации в сделках слияния, касающихся Больших Данных

Во многих странах введены пороговые значения нотификации для выявления слияний, подлежащих уведомлению в антимонопольные органы. В большинстве случаев такие пороговые значения основаны на обороте компаний–участников сделки⁷⁵. Иногда, однако, пороговые значения по обороту не выявляют поглощений, имеющих важное последующее воздействие на конкуренцию (например, когда действующий участник рынка, стимулируемый перспективой доступа к разнообразным дополнительным источникам данных, покупает небольшого нового участника рынка, которого он рассматривает как компанию-инноватора на основе управления данными или обладающую доступом к ценным данным).

В сделке Facebook/WhatsApp⁷⁶ невысокий оборот второй компании оказался ниже порогового значения нотификации. Тем не менее, несмотря на относительно небольшой размер WhatsApp, Facebook заплатила за нее 19 млрд. дол., намекая на ожидаемую ценность поглощения. В конечном итоге Европейская комиссия рассмотрела сделку по просьбе Facebook об анализе слияния по принципу «единого окна», чтобы не уведомлять антимонопольные органы нескольких стран и не иметь дела с разными пороговыми значениями и правилами. Член Европейской комиссии М. Вестейджер публично заявила по делу Facebook/WhatsApp: «Не всегда размер оборота делает компанию привлекательной стороной сделки слияния. Иногда имеют значение именно активы. Это может быть клиентская база или даже массив данных... или ценность компании может заключаться в способности к инновациям. Слияние, участником которого является такого рода компания, очевидно, может оказать влияние на конкуренцию, даже если оборот компании не так высок, чтобы подпадать под пороговые значения. Таким образом, рассматривая только оборот, можно упустить важные сделки, которые подлежат анализу»⁷⁷.

Возможный способ выявления слияний, стимулом которых является приобретение данных конкурента — введение дополнительного порогового значения — стоимости сделки, которая отражает высокую цену, которую покупатели готовы платить за активы, например, за данные. Более того, в ОЭСР уже обсуждалось⁷⁸, что такие пороговые значения сделки помогут антимонопольным органам выявить «упреждающие» погло-

⁷⁴ [Электронный ресурс]: // URL: http://www.nytimes.com/2016/08/26/technology/relaxing-privacy-vow-whatsapp-to-share-some-data-withfacebook.html?_r=1 (дата обращения: 3.10.2016)

⁷⁵ OECD. Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control// Background Paper for the Working Party on Co-operation and Enforcement [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2016\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2016)4&docLanguage=En) (дата обращения: 5.10.2016)

⁷⁶ См.: Case № COMP/M.7217.

⁷⁷ См.: Vestager M. Refining the EU Merger Control System. Speech at the Studienvereinigung Kartellrecht. Brussels, 10 March 2016 [Электронный ресурс]: // URL:http://ec.europa.eu/commission/20142019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en (дата обращения: 10.10.2016)

⁷⁸ OECD. Disruptive Innovation and Competition Policy Enforcement// Background Note for the Global Forum on Competition.Paris, 2015 [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)7&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)7&docLanguage=En) (дата обращения: 13.10.2016)

щения, цель которых удалить потенциальных создателей прорывных инноваций (некоторые из них создают инновации на основе данных).

Пороговые значения сделок приняты в США и Мексике и находятся на рассмотрении в других странах, например, в ФРГ. По рекомендации консультативного органа (Monopolkommission) Федеральное министерство экономики и энергетики⁷⁹ опубликовало проект поправок к Закону против ограничений конкуренции, предложив новый порог сделок — 350 млн. евро в дополнение к нынешнему пороговому обороту. Введение порога величины сделки также обсуждается в ЕС. М.Вестейджер⁸⁰ подчеркнула важность правильного определения порогового значения для предотвращения нанесения вреда инновационным стартап-компаниям.



Библиография

- Acquisti A., Taylor C., Wagman L. The Economics of Privacy // *Journal of Economic Literature*. 2016, no 2. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580411> (дата обращения: 25.07.2016)
- Balto D., Lane M. Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2753249> (дата обращения: 4.10.2016)
- Bauer M. Big Data: New Frontier for Competition Law / IBC Competition EU Competition Law Conference. Available at: <http://oecdshare.oecd.org/daf/competition/Knowledge%20Database/NonOECD%20events/IBC%20AdvancedCompLaw%20Brussels%20Feb2016/Michael%20Bauer.pdf> (дата обращения: 7.08.2016)
- Crofts L. Antitrust Watchdogs are Realizing Power of 'Big Data' / EU Data Chief Says / Mlex Global Antitrust. 2016. Available at: <http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=783261&siteid=190&rdir=1> (дата обращения: 30.09.2016)
- De Mauro A., Greco M., Grimaldi M. A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features // *Library Review*, 2016, no 3, pp.122–135.
- Engels B. Data Portability among Online Platforms // *Internet Policy Review*. 2016, no 2. Available at: <http://policyreview.info/articles/analysis/data-portability-among-online-platforms> (дата обращения: 27.09.2016)
- Gal M., Rubinfeld D. Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement. Available at: http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/galrubinfeld_final2.pdf (дата обращения: 16.08.2016)
- Guniganti P. Laitenberger: DG Comp May Enforce in E-Commerce // *Global Competition Review*. 2016. Available at: <http://globalcompetitionreview.com/news/article/41886/laitenberger-dg-comp-may-enforce-ecommerce/> (дата обращения: 22.09.2016)
- Lahart J. How Wal-Mart's Store Closings Paint Wider Retail Picture: Shift to Online Sales Shows Difference between Retailing's Haves and Have-Nots. *Wall Street Journal*. January 15, 2016. Available at: <http://www.wsj.com/articles/how-wal-marts-store-closings-paint-wider-retail-picture-1452871692> (дата обращения: 3.11.2016)
- MacLennan M. Netherlands Starts Big Data Probe // *Global Competition Review*. 2016. Available at: <http://globalcompetitionreview.com/news/article/41893/netherlands-starts-big-data-probe> (дата обращения: 12.08.2016)
- Marmer V., Shneyerov A., Kaplan U. Identifying Collusion in English Auctions. February 26 2016. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2738789 (дата обращения: 17.11.2016)
- Schepp N., Wambach A. On Big Data and its Relevance for Market Power Assessment // *Journal of European Competition Law & Practice*. 2016, no 2, pp. 120–124. Available at: <http://jeclap.oxfordjournals.org/content/7/2/120.abstract> (дата обращения: 3.12.2016)

⁷⁹ См.: Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie. Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Draft 9th Act amending the Act against Restraints of Competition). 2016 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/neunte-gwb-novelle,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (дата обращения: 7.10.2016)

⁸⁰ Vestager M. Op. cit.

Sokol D., Comerford R. Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data? / Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 2016 // Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2723693 (дата обращения: 6.10.2016).

Stucke M., Ezrachi A. Virtual Competition. The Promise and Perils of Algorithm-Driven Economy. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2016. 368 pp. Available at: <http://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674545472> (дата обращения: 12.12.2016)

Stucke M., Grunes A. Big Data and Competition Policy. Oxford: University Press, 2016. Available at: <https://global.oup.com/academic/product/big-data-and-competition-policy9780198788133?cc=fr&lang=en> (дата обращения: 10.10.2016)

Big Data and Legislation on Competition



Christophe S. Hutchinson

Lecturer, Department of Legal Regulation of Economy, Financial University under the Government of the Russian Federation. Address: 49 Leningradski Prospect, Moscow 125993, Russian Federation. Email: Kyuchinson@fa.ru



Abstract

Global accessibility to the Internet and the exponential growth of compute capacity have caused the spread of business models collecting and generating big data. Reliable intellectual analysis of data and computer-assisted teaching allows companies to offer tailor-made special solutions. The current algorithms of self-education enable to find accurate information online within seconds. However, the advantages may be neutralized by serious disadvantages. The recent high-profile M&A transactions in digital Internet markets raised the question on the potential influence on the competition merger and acquiring control over big data. Indeed, companies can involve advanced computer technologies to coordinate business practices, impose abusive conditions for consumers, applying compelling market power to set higher prices or even possible closing the market for new market-players. Net effects based on the data tend to become stable promoting to the efficiency of the current market-players allowing them to strengthen their positions as soon as the critical mass of users is reached. Compensating the advantages of big data by potential costs for society depends on the ability of antimonopoly bodies and regulators respond to the new challenges of digital economy. It is possible to shape new more competitive adversary and dynamically developing markets with efficient and permanent innovations or a sharp growth of economic concentration leading to the abuse of market power and stagnation. The paper proposes the definition of big data and describes the main types of the influential factors and topology of market big data ecosystem. The paper reveals possible problems for competition due to big data and examines their potential influence on the efficiency of the current instruments of competition and the main activities of antimonopoly bodies, struggling against cartels, evaluation of abuse by domination and control of mergers.



Keywords

digital economy, Internet, Big Data, competition, market power, competition law, consumers, merger deals, digital cartels, domination abuse.

Citation: Hutchinson C.S. (2017) Big Data and Competition Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 216–245 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.216.245



References

Acquisti A., Taylor C., Wagman L. (2016) The Economics of Privacy. *Journal of Economic Literature*. Vol. 52, no 2. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580411> (accessed: 25.07. 2016)

- Balto D. and Lane M. (2016) *Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2753249> (accessed: 4.10. 2016)
- Bauer M. (2016) Big Data: New Frontier for Competition Law. EU Competition Law Conference. Available at: <http://oecdshare.oecd.org/daf/competition/Knowledge%20Database/NonOECD%20events/IBC%20AdvancedCompLaw%20Brussels%20Feb2016/Michael%20Bauer.pdf> (accessed: 7.08. 2016)
- Crofts L. (2016) Antitrust Watchdogs are Realizing Power of 'Big Data'. EU data chief says. *Mlex Global Antitrust*. Available at: <http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=783261&siteid=190&rdir=1> (accessed: 30.09. 2016)
- De Mauro A., Greco M., Grimaldi M. (2016) Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features. *Library Review*, vol. 65, no 3, pp. 122–135.
- Engels B. (2016) Data Portability among Online Platforms. *Internet Policy Review*, vol. 5, no 2. Available at: <http://policyreview.info/articles/analysis/data-portability-among-online-platforms> (accessed 27.09.2016).
- Gal M.S., Rubinfeld D.L. (2016) The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement. *Antitrust Law Journal*. Available at: http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/galrubinfeld_final2.pdf (accessed: 16.08. 2016)
- Guniganti P. (2016) Laitenberger: DG Comp May Enforce in E-Commerce. *Global Competition Review*. Available at: <http://globalcompetitionreview.com/news/article/41886/laitenberger-dg-comp-may-enforce-ecommerce/> (accessed: 22.09. 2016)
- Lahart J. (2016) How Wal-Mart's Store Closings Paint Wider Retail Picture: Shift to Online Sales Shows Difference between Retailing's Haves and Have-Nots. *Wall Street Journal*. January 15. Available at: <http://www.wsj.com/articles/how-wal-marts-store-closings-paint-wider-retail-picture-1452871692> (accessed: 3.11. 2016)
- MacLennan M. (2016) Netherlands Starts Big Data Probe. *Global Competition Review*. Available at: <http://globalcompetitionreview.com/news/article/41893/netherlands-starts-big-data-probe> (accessed: 12.08. 2016)
- Marmer V., Shneyerov A., Kaplan U. (2016) Identifying Collusion in English Auctions. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2738789 (accessed: 17.11. 2016)
- Schepp N.P., Wambach A. (2016) On Big Data and its Relevance for Market Power Assessment. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, no 2, pp. 120–124.
- Sokol D., Comerford R. (2016) Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data? *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*. N.Y.: Cambridge University Press. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2723693 (accessed: 6.10. 2016)
- Stucke M., Ezrachi A. (2016) *Virtual Competition*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 368 p.
- Stucke M., Grunes A. (2016) *Big Data and Competition Policy*. Oxford: University Press. Available at: <https://global.oup.com/academic/product/big-data-and-competition-policy9780198788133?cc=fr&lang=en&> (accessed: 10.10. 2016)

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных: Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru
Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113
Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1 усл. п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языках. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации JEL.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *Беззубцев В.С.*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 14.03.2017. Формат 70×100/16

Усл. печ. л. 15,5. Тираж 600 экз.