

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

4/2015



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционный совет

Дж. Айани (Туринский университет, Италия)
Ю. 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. Сивицкий (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: 115230, Москва, Варшавское ш., 44а, Издательский дом Высшей школы экономики.
Почтовый: 101000, Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: +7 (499) 611-15-08
e-mail: ld.hse@mail.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2015

Правовая мысль: история и современность

В.О. Калятин

Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе 4

Д.Л. Комягин

Имущество и доходы религиозных организаций — публичные или частные? 17

Е.И. Алексеевская

Компенсация или профанация? 34

З.Ч. Чикеева

О понимании коммуникативной теории права 45

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Л.А. Прокудина

Реализация конституционного права граждан на участие в отправлении экономического правосудия 54

А.О. Лебедев

Федеративные идеи в российской науке конституционного права второй половины XIX века 70

И.В. Панова

Порядок разрешения вопросов о возмещении убытков, причиненных незаконными действиями государственных органов и должностными лицами 91

О.В. Луткова

Классификация неисключительных прав в ГК РФ в контексте статуса иностранного автора 103

Н.В. Закалюжная

Заемный труд и неустойчивая занятость: российский и зарубежный опыт 116

М.А. Саблина

Фигура организатора в соучастии в преступлении и участии в организованной преступной деятельности 129

Право в современном мире

А.А. Vishnevskiy

Bank Secrecy: a Look at Modern Trends from a Theoretical Standpoint 140

Е.В. Постникова, Ж. Эйманн

Федерализм в международном частном праве Европейского Союза 147

Р.С. Резник

Международная подсудность споров из договоров с участием потребителя 165

С.В. Янкевич

Порядок разрешения налоговых споров в Южно-Африканской Республике 174

К.А. Барышева

Исторический анализ развития уголовной политики Германии (1871–1945 гг.) 186

П.В. Донцов

Реализация в Канаде двусторонних договоров с Соединенным Королевством 197

Дискуссионный клуб

Рецензии

209

220

Law

JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

4/2015



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:

17 Malaya Ordynka Str.,
Moscow, P.O. 119017, Russian
Federation
Tel.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Legal Thought: History and Modernity

- V.O. Kalyatin**
Instruments of Public Domain in Modern Information Society 4
- D.L. Komyagin**
The Property and Income of Religious Institutions: Public or Private? 17
- E.I. Alexeevskaya**
Compensation or Profanation? 34
- Z.Ch. Chikeeva**
Understanding a Communicative Legal Theory 45

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

- L.A. Prokudina**
Realizing Constitutional Citizens Right for Participation in Economic Justice 54
- A.O. Lebedev**
The Ideas of Federalism in the Russian Constitutional Law Studies
of Second Half of 19th Century 70
- I.V. Panova**
The Order of Recovering Losses Harmed by Illegal Actions of State Bodies
and Officials 91
- O.V. Lutkova**
The Non-Exclusive Rights Classification in the Russian Federation Civil Code
in Context of the Foreign Authors Status 103
- N.V. Zakaluzhnaya**
Contract and Agency Labor and Unstable Employment: Russian
and Foreign Experience 116
- M.A. Sablina**
Organizer in Crime Complicity and Participation in Organized Criminal Activity 129

Law in the Modern World

- A.A. Vishneskiy**
Bank Secrecy: a Look at Modern Trends from a Theoretical Standpoint
(in English) 140
- E.V. Postnikova, J. Heymann**
Federalism in International Private Law of European Union 147
- R.S. Resnick**
International Jurisdiction over Disputes involving Consumers Contract 165
- S.V. Yankiewicz**
Settlement of Tax Disputes in South Africa 174
- K.A. Barysheva**
The Historical Analysis of Anti-Criminal Policies in Germany (1871–1945) 186
- P.V. Dontsov**
The Implementation of Canada-United Kingdom Treaties in Canada 197

Discussion Club 209

Book Review 220

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.

Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе*



В.О. Калятин

старший научный сотрудник Научно-учебной лаборатории по информационному праву Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор Российской школы частного права, кандидат юридических наук. Адрес: 101000 Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: kalvit@yandex.ru



Аннотация

Расширение перечня охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и усиление их защиты не должно приводить к лишению общества возможности иметь доступ к научному и культурному достоянию и использовать ее. Приобретение использованием интеллектуальной собственности глобального характера означает необходимость получения согласия на использование результата интеллектуальной деятельности в ряде юрисдикций, возможно, у разных правообладателей. Это поднимает стоимость использования интеллектуальной собственности и, соответственно, стоимость доступа общества к существующим достижениям человеческой мысли, как в культурной, так и в технической сферах. В решении этих проблем механизм общественного достояния способен сыграть чрезвычайно важную роль. Необходимо учитывать, что простое выведение объектов из сферы охраны способно создать новые проблемы: ослабление исключительных прав может приводить не столько к расширению сферы свободного использования произведений обществом, сколько к монополизации высвободившейся сферы лицами, контролирующими соответствующие массивы информации. Режим общественного достояния позволяет предупредить эту опасность, устанавливая правила и условия использования чужих результатов интеллектуальной деятельности. При этом данный режим может быть выгоден как пользователям, так и правообладателям, которые, в свою очередь, используют чужие результаты интеллектуальной деятельности в своей коммерческой деятельности, в том числе для создания новых объектов. В статье рассматриваются основные функции режима общественного достояния в сфере интеллектуальной собственности. Эти функции многообразны и значительно выходят за пределы внутреннего регулирования интеллектуальной собственности. В то же время, есть области, в которых лучше использовать иные инструменты. Например, режим общественного достояния недостаточно эффективен в плане стимулировании инициативы в инновациях и создании новых результатов, где гораздо лучше работает механизм предоставления исключительных прав. Поэтому наиболее эффективно комплексное регулирование вопросов интеллектуальной собственности, с учетом возможностей каждого из имеющихся инструментов. В этом случае режим общественного достояния может стать важной частью механизма регулирования интеллектуальной собственности и использования информации в целом.



Ключевые слова

интеллектуальная собственность, авторское право, патентное право, общественное достояние, информация, ограничения авторского права, доступ к культурному наследию, инновации, образование, сиротские произведения, базы данных

* Исследование осуществлено в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2015 году.

Библиографическое описание: Калятин В.О. Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 4–16. УДК: 347; JEL: K1

Понятие общественного достояния хорошо знакомо практически каждому, но эта его общеизвестность обманчива. В самом общем виде к общественному достоянию относят объекты, на которые не распространяется действие исключительного права¹. Однако такой упрощенный взгляд фактически сводит вопрос к отсутствию правовой охраны в отношении определенных объектов. В действительности же общественное достояние («public domain») — сложный правовой режим, выполняющий важные общественные функции.

Ключевым в определении режима общественного достояния в праве интеллектуальной собственности является открытие обществу возможности использования объекта при признании охраноспособности соответствующих объектов. Тем самым разрешается осуществлять действия, в целом попадающие в сферу контроля правообладателя, т.е. в этот режим не входят объекты и действия, заведомо находящиеся за рамками авторского права (например, такие объекты как сообщения, имеющие исключительно информационный характер, или такие действия, как приготовление рецепта по кулинарной книге и т.д.). Эта двойственность режима позволяет законодателю не исключать соответствующие объекты из сферы авторского права, но устанавливать особые правила, относящиеся к их использованию. Такая возможность оказывается чрезвычайно важной и востребованной в контексте обеспечения в обществе свободного информационного обмена.

Законодательство об интеллектуальной собственности появилось сравнительно недавно в ответ на потребности технологичного общества, что может создать впечатление об искусственности конструкции этого института, приспособленности его исключительно к текущим запросам. На самом же деле он сформирован и развивается по определенным законам, которые важно учитывать при совершенствовании законодательства в этой сфере: изменения правового регулирования, не соответствующие закономерностям, по которым организован институт, в лучшем случае окажутся малоэффективными, а в худшем — приведут к дисбалансу регулирования в этой сфере.

В настоящее время исключительные права построены по модели абсолютного права, имеющего монопольный характер. Как указывал В.А. Дозорцев: «Исключительные права выполняют в отношении нематериальных объектов ту же функцию, что и право собственности в отношении материальных. Исключительное право и есть абсолютное право на нематериальные объекты, только использующее в соответствии с натуральными свойствами объекта другие правовые средства, чем право собственности»². Безусловно, выбор этой модели являлся обоснованным, однако негативные черты монопольного права (прежде всего влияющие на сокращение использования соответствующих объектов) должны были быть уравновешены для обеспечения поступательного развития законодательства в этой сфере.

Важность свободного доступа общества к информации, обеспечения ее движения является общепризнанным. При этом осознается, что выполнение этой задачи базируется прежде всего на эффективно функционирующих механизмах общественного

¹ См., например: Boyle J. *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. Greenwich, 2010. P. 58.

² Дозорцев В.А. Комментарий к схеме «Система исключительных прав» / Дозорцев В.А. *Интеллектуальные права*. М.: Статут, 2005. С. 37.

достояния³. Как было отмечено в зарубежной литературе, используемая в настоящее время модель интеллектуальной собственности приводит к возникновению ключевой проблемы «трагедии антиобщин»⁴, влекущей отчуждение общества от создаваемых его членами результатов интеллектуальной деятельности. Существование этой проблемы обусловлено конфликтом между общественным характером создания интеллектуальной собственности и монопольным характером права.

На протяжении определенного времени этот баланс обеспечивался за счет введения специальных ограничений исключительного права, позволяющих создать возможность свободного использования соответствующих результатов интеллектуальной деятельности в общественно значимых случаях. Но в последние десятилетия баланс стал часто нарушаться.

Законодательство об интеллектуальной собственности активно развивалось в течение всего XX века и это развитие шло, прежде всего, в направлении расширения и усиления защиты правообладателя. Эта тенденция сохранилась и в настоящее время. Усиление защиты правообладателя рассматривалось как средство стимулировать творческую и бизнес-активность членов общества, привлечь инвестиции в сферу использования результатов интеллектуальной деятельности и создать возможность для получения отдачи от затрат на разработку и внедрение результатов интеллектуальной деятельности. Показательно, например, высказывание авторов известного английского учебника по интеллектуальной собственности: «Законодательство об интеллектуальной собственности требуется сейчас более чем когда-либо в прошлом. Бизнес все большее значение придает интеллектуальной собственности как важному элементу, обеспечивающему его выживание и, соответственно, увеличивается давление с целью обеспечить законодательством об интеллектуальной собственности адекватную защиту новых и развивающихся технологий»⁵.

Как отмечалось в докладе «Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy», подготовленном Комиссией по интеллектуальной собственности при правительстве Великобритании, за последние 20 лет произошел беспрецедентный рост в уровне, сфере, территориальных границах и роли охраны интеллектуальной собственности, в частности:

- патентование живых объектов и материалов, обнаруженных в природе, в противовес продуктам, созданным человеком и процессам, обычно признаваемым соответствующим требованиям охраны изобретений;
- модификация режимов охраны для того, чтобы обеспечить новые технологии (в особенности, био- и информационные технологии);
- расширение охраны в таких областях как программное обеспечение и бизнес-методы, адаптация в некоторых странах режимов *sui generis* («своего рода») для полупроводников и баз данных;
- особое внимание к охране новых знаний и знаний, произведенных в публичном секторе;
- фокусирование внимания на взаимосвязи между охраной интеллектуальной собственности и фольклором и генетическими ресурсами;

³ См., например: *Open Access and the Public Domain in Digital Data and Information for Science. Proceedings of an International Symposium*. Washington, 2004.

⁴ Термин впервые введен в работе: *Heller M. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets // Harvard Law Review*. Vol. 111. 1998. N 3. P. 621–688.

⁵ *MacQueen H., Waelde C., Laurie G., Brown A. Contemporary Intellectual Property. Law and Policy*. Oxford, 2008. P. 18.

- географическое расширение действия минимальных стандартов через применение Соглашения TRIPS и более высоких стандартов с помощью двусторонних соглашений о торговле и инвестициях;
- расширение сферы интеллектуальных прав, увеличение срока охраны и усиление механизмов принудительного осуществления⁶.

Очевидно, что при таком активном развитии охраны интеллектуальной собственности не может не возникнуть угрозы утраты обществом возможности эффективно использовать создаваемые результаты интеллектуальной деятельности. При этом вопрос ограничения использования чужих результатов интеллектуальной деятельности без согласия правообладателя перерастает в более сложную проблему доступа к таким объектам, так как возможности воздействовать на правообладателя с целью обеспечить предоставление принадлежащих ему результатов интеллектуальной деятельности на справедливых условиях (что, конечно, создаст конкуренцию для него), весьма ограничены.

Данная проблема осложняется тем, что использование интеллектуальной собственности приобретает глобальный характер (в противовес национально ограниченному действию исключительных прав), что означает необходимость получения согласия на использование результата интеллектуальной деятельности в современном информационном обществе в ряде юрисдикций, возможно, у разных правообладателей. Это поднимает стоимость использования интеллектуальной собственности и, соответственно, стоимость доступа общества к существующим достижениям человеческой мысли, как в культурной, так и в технической сферах.

Возникает вопрос, как в таких условиях обеспечить сохранение обществом (а с учетом новых потребностей, и расширение) сферы свободного использования результатов творческой деятельности? В связи с этим в последние годы появились многочисленные публикации, доказывающие неэффективность существующей концепции интеллектуальной собственности⁷. Безусловно, многие аргументы, приводимые в таких исследованиях, являются весьма спорными, однако очевидно, что ужесточение режима интеллектуальной собственности будет способствовать не развитию творческого процесса в обществе, а его ограничению, в том числе за счет негативного воздействия на информационный обмен в обществе. Важно сознавать, что «вред от чрезмерных усилий по защите авторских прав может превышать вред от возможных нарушений. Его надо соизмерять, причем делать это желательнее в количественных показателях... Более того, речь может идти о замене самого института авторского права чем-то другим, если в результате получится вывод не в пользу авторского права»⁸.

⁶ Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy. London, 2002. P. 2–3 // http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf. (дата обращения: 25.11.2015).

⁷ Lessig L. Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity. New York, 2004; Boldrin M., Levine D. Against Intellectual Monopoly. New York, 2008; Bessen J., Meurer M. Patent Failure. How Judges, Bureaucrats and Lawyers Put Innovations at Risk. Princeton, 2008; Netanel N. Copyright Paradox. New York, 2008 и др. Этой теме были посвящены и значительные научные доклады, например: Сочетание защиты прав на интеллектуальную собственность с политикой в области развития. Отчет Комиссии по правам на интеллектуальную собственность. Лондон, 2003 // http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report-Russian_PR.pdf (accessed: 25.11.2015); Hargreaves I. Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth. London, 2011; см. также: <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf> (accessed: 25.11.2015)

⁸ Козырев А.Н. Контрафакт и трансформации экономики авторского права / Интеллектуальная собственность. Контрафакт. Актуальные проблемы теории и практики: Сборник научных трудов. Т. 2 / под ред. В.Н. Лопатина. М.: Юрайт, 2009. С. 204.

Конечно, следует согласиться, что авторское право может целенаправленно использоваться для пресечения распространения информации, публичное раскрытие которой нежелательно для правообладателя (показательно, например, дело Diebold — производителя компьютеризованных устройств для голосования, который боролся с распространением доказательств ненадежности его устройств ссылкой на авторское право в отношении соответствующих документов, описывающих выявленные дефекты и уязвимости)⁹. Однако не обязательно речь должна идти о кардинальной ломке существующей модели интеллектуальной собственности, возможно, решение может быть найдено и на эволюционном пути развития. Последние десятилетия в законодательстве многих стран возросло количество ограничений исключительных прав, что говорит об осознании важности расширения сферы общественного использования. В то же время этот путь оказывается не столь эффективным как хотелось бы, в частности, в силу активного использования средств технической защиты авторских и смежных прав и активного использования механизмов договорного регулирования. В связи с этим выбор модели регулирования, обеспечивающей сохранение сферы общественного достояния, является важнейшей задачей.

Закон, устанавливая правила использования объектов, входящих в общественное достояние, является гарантом доступности обществу (и, как его составной части, бизнесу) культурного и научного наследия. При этом речь не идет о том, чтобы, ограничив контроль правообладателя за использованием соответствующего объекта, уничтожить экономическую основу для его коммерческого использования. В действительности изменение модели контроля может позволить сохранить или даже увеличить прибыли, получаемые от использования объекта, за счет возрастания объемов использования. Это также касается всей сферы интеллектуальной деятельности.

Снижение издержек на создание и использование результатов интеллектуальной деятельности за счет использования объектов, находящихся в общественном достоянии, особенно важно для малого и среднего бизнеса. Исследование¹⁰, проведенное в отношении проектов, организуемых с помощью портала kickstarter.com, показало, например, следующие результаты:

	Все категории	Комиксы	Театр	Видеоигры	Публикации
Оригинальные работы создателей проектов	1657 (83%)	242 (79%)	144 (59%)	215 (91%)	1056 (87,5%)
Охраняемые произведения третьих лиц	220 (11%)	22 (7%)	67 (27%)	12 (5,5%)	119 (10%)
Произведения, находящиеся в общественном достоянии	116 (6%)	44 (18%)	33 (14%)	8 (3,5%)	31 (2,5%)
Всего	1993	308	244	235	1206

Из этих цифр следует, что доля произведений, находящихся в общественном достоянии и вовлекаемых в создаваемые на портале проекты, хотя и не является решающей, тем не менее, значима для создателей этих проектов, а также зависит от типа реализуе-

⁹ Boldrin M., Levine D.K. Op. cit. P. 112–113.

¹⁰ Copyright and the Value of the Public Domain: an Empirical Assessment. Newport, 2015. P. 47.

мого проекта. При этом проекты, построенные на работах, находящихся в общественном достоянии, весьма привлекательны для инвесторов: то же исследование показало, что в такие проекты привлекается на 56% больше финансирования, чем в проекты, построенные на собственных оригинальных работах (эта группа, в свою очередь, на 70% опережает проекты, построенные на охраняемых работах третьих лиц)¹¹.

Таким образом, можно признать, что режим общественного достояния может быть выгоден как пользователям, так и правообладателям, которые, в свою очередь, используют чужие результаты интеллектуальной деятельности в своей коммерческой деятельности, в том числе для создания новых объектов. Показательно, что такие крупные компании, как, например, Google, последовательно выступают за ослабление режима исключительных прав, поскольку их бизнес построен на другой модели.

Здесь, однако, есть и значительная проблема: ослабление исключительных прав может приводить не столько к расширению сферы свободного использования произведений обществом, сколько к монополизации высвободившейся сферы лицами, контролирующими соответствующие массивы информации, например, значительные базы данных. В связи с этим должна ставиться задача не просто ограничения действия исключительных прав в определенных случаях, но создания режима, не допускающего «захвата» этой территории третьими лицами. Интересно, что, например, в области применения «свободных лицензий» специально предусматриваются механизмы, направленные на уничтожение этой опасности. В этом отношении механизм общественного достояния может оказаться очень удобным.

Функции, которые способен выполнять этот механизм, многообразны. Институт интеллектуальной собственности (прежде всего, конечно, авторское право) имеет различные цели: экономическая, стимулирование творческой активности, защита проявлений личности, обеспечение возможностей общества по использованию созданных результатов интеллектуальной деятельности и т.д.¹² Если до недавнего времени механизм общественного достояния связывался исключительно лишь с целью обеспечения доступа к объекту со стороны общества, то сейчас его значение существенно возрастает.

Согласно П. Самуэльсон, общественное достояние способно выполнять следующие функции¹³:

- быть базовыми блоками для формирования новых знаний или работ;
- создать основу для создания конкурентоспособных имитаций-аналогов;
- позволить развивать инновации;
- обеспечить дешевый доступ общества к информации;
- обеспечить доступ к культурному наследию;
- поддерживать образовательный процесс;
- обеспечивать развитие здравоохранения и общественной безопасности;
- способствовать развитию демократических процессов и формированию демократических ценностей.

При этом на всех этапах создания и использования результатов интеллектуальной деятельности наличие общественного достояния порождает для общества новые возможности и дает существенные преимущества. Таким образом, функции общественного достояния различны, а, значит, многообразны и его социальные роли, что влечет применение различного законодательства к этой сфере.

¹¹ Ibid. P. 48.

¹² См., например: MacQueen H., Waelde C., Laurie G., Brown A. Op. cit. P. 243; Cornish W., Llewelyn D., Aplin T. Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights. London, 2010. P. 426–429.

¹³ Samuelson P. Challenges in Mapping the Public Domain. P. 22.

Авторы доклада «Public Innovation. Intellectual Property in a Digital Age» указывают четыре приоритета, стоящие перед системой регулирования интеллектуальной собственности¹⁴:

	Экономические выгоды от права интеллектуальной собственности	Экономиче- ские выгоды от общественного достояния	Выгоды обще- ства от сете- вого использо- вания	Культурные выгоды от насле- дования
Желаемые выгоды	Инициатива в инно- вациях и создании	Более высокий уровень рыночной конкурентоспособ- ности и доверия	Образование и участие в фор- мах демократии	Прогресс от поко- ления к поколению
Примеры	Финансовое возна- граждение автору романа	Объединение идей для создания нового бизнеса	Онлайн-доступ к бесплатным обучающим мате- риалам	Организация музейных коллек- ций старых работ

Из этого следует, что институт общественного достояния может помочь достичь многих из отмеченных, но не всех указанных целей, оказываясь недостаточно эффективным инструментом в плане стимулировании инициативы в инновациях и создании новых результатов, где гораздо лучше работает механизм предоставления исключительных прав. С другой стороны, эта схема показывает, что область, где механизм общественного достояния может оказаться очень полезным, велика.

Рассматривая различные стороны публичной сферы, указанные авторы отмечают следующие черты общественного взаимодействия в публичной сфере:

	Подготовка	Услуги	Содержание	Наследование
Временная характеристика коммуникации	Синхронная; Активная	Синхронная; пассивная	Асинхронная; временная	Асинхронная; не ограниченная во времени
Примеры	Социализа- ция, обучение	Исполнение, образование	Академические исследования, звукозаписи	«Великое искус- ство», научные прорывы
Цель проводи- мой политики	Большой до- ступ и включение	Инвестиции в общественное достояние	Стимулирование инноваций	Поддержка сохранения и консервации

Авторы подчеркивают, что роль права интеллектуальной собственности заключается в достаточной защите содержания, чтобы оно могло коммерциализироваться в среднесрочной перспективе, но не в такой степени, чтобы предотвратить его пользование обществом на коротких промежутках времени или сохранение для будущих поколений в долгосрочной перспективе¹⁵.

Таким образом, воздействие режима общественного достояния на общественные отношения является многосторонним и не может быть сведено исключительно к по-

¹⁴ Davies W., Withers K. Public Innovation. Intellectual Property in a Digital Age. Montreal, 2006. P. 8.

¹⁵ Ibid. P. 30.

лучению выгоды пользователями соответствующих результатов интеллектуальной деятельности. Безусловно, это направление тоже чрезвычайно важно, так как снижение транзакционных издержек, связанных с использованием результатов интеллектуальной деятельности в определенной области, может сделать ее более привлекательной.

Но не менее важны и другие направления реализации общественного достояния. Так, предоставление государством обществу материалов, создание которых требует существенных затрат, может значительно повысить эффективность ведения соответствующей хозяйственной деятельности и ее конкурентоспособность на мировом рынке. Исследование, проведенное в 2000 г. Европейской Комиссией, показало, что перевод материалов в режим общественного достояния в сфере географии, метеорологии и т.д. принесет выгоду экономике Великобритании в 11,2 млрд. евро¹⁶.

Трудно переоценить влияние общественного достояния на образование. Подготовка высококвалифицированных кадров требует доступа к современным результатам интеллектуальной деятельности с минимальными затратами как для обучающегося, так и обучающего лица. А в условиях большой географической протяженности страны, значительных расстояниях между населенными пунктами, обеспечение возможности свободного использования актуальных результатов интеллектуальной деятельности в электронной форме практически не имеет альтернативы. Примером успешной реализации подобной стратегии является, например, Цифровая библиотека «Европеана» («Europeana»).

При этом не менее важна и возможность общества иметь доступ к культурному достоянию. Именно единая культурная сфера взаимодействия общества обеспечивает его единство, перенос и закрепление социальных ориентиров и ценностей, дает возможность обществу сохранять устойчивость в периоды кризисов. Джон Гилхрист из университета Квинсленда отмечал: «Прошлое — это часть нас. Оно включено во все артистическое, социальное, экономическое, научное и интеллектуальное развитие. Важно, чтобы будущие поколения имели доступ к прошлому и понимали его для того, чтобы лучше понять себя и лучше взаимодействовать с будущим. В культурах, основанных на письменных записях, чем больше доля материалов, которые не сохранены, тем менее вероятно, что эта ценность будет уважаться и продвигаться»¹⁷. Немаловажно и то, что при реализации этих целей могут осуществляться и успешные бизнес-проекты (например, система поиска по книгам, оцифрованным компанией «Гугл»).

В этом отношении отдельного упоминания заслуживает проблема так называемых «сиротских» произведений — объектов, в отношении которых действует авторское право, но правообладатель которых не установлен или не найден¹⁸. При приобретении использованием интеллектуальной собственности глобального характера установление правообладателя становится весьма сложной проблемой, а невозможность определить правообладателя в разумные сроки и с разумными расходами влечет исключение соответствующих объектов из сферы их использования обществом. Институциональные пользователи — библиотеки, архивы, музеи и т.д. лишаются возможности оцифровать такие произведения и осуществлять их сетевое использование¹⁹.

¹⁶ Ibid. P. 42.

¹⁷ Gilchrist J. Copyright Deposit, Legal Deposit or Library Deposit? The Government's Role as Preserver of Copyright Material // Queensland University Technical Law & Justice Journal. 2005. N 5. P. 177.

¹⁸ Colin C. Registers, Databases and Orphan Works / Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World. Cheltenham, 2010. Part II. P. 28.

¹⁹ Aplin T. A Global Digital Register for the Preservation and Access to Cultural Heritage: Problems, Challenges and Possibilities / Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World. Cheltenham, 2010. Part I. P. 36.

Причем невозможность установить правообладателя будет приводить к тому, что неиспользуемыми окажутся и произведения, в действительности находящиеся в общественном достоянии. По оценкам Британской библиотеки доля «сиротских» произведений составляет 26,5%; два исследования университета Карнеги Меллон (Carnegie Mellon University) дают результаты в 21% и 31% соответственно²⁰. При этом необходимо учитывать, что рядовой пользователь имеет значительно меньшие возможности по поиску правообладателя, чем крупная библиотека или университет, т.е. для него доля произведений, принадлежность прав на которые он не сможет установить, будет значительно выше.

В результате невозможность установить правообладателя приводит к фактическому исключению произведения из культурного наследия общества, и по прошествии определенного промежутка времени такое произведение может быть полностью утрачено. Очевидно, что именно режим общественного достояния способен позволить обеспечить использование произведения, сохранив возможность восстановления исключительного права в полном объеме (своего рода «временное общественное достояние»). Наконец, общественное достояние обеспечивает возможность развития соответствующих социальных процессов обществу, создавая условия для свободного движения информации, критики и обсуждения высказанных позиций и т.д.

Важно сделать еще один вывод: существует связь между «охраняемой сферой» и «сферой общественного достояния»: общественное достояние обеспечивает создание новых охраноспособных работ, которые, в свою очередь, по частям попадают в сферу общественного достояния, этот процесс завершается истечением сроков охраны произведения²¹.

Но самое важное, что режим общественного достояния дает средства предупреждения фактической монополизации доступа к информации владельцем крупных информационных ресурсов. Важно обратить внимание, что отсутствие исключительного права на определенный объект или даже полное изъятие объекта из сферы интеллектуальной собственности не мешает применению к нему иных правовых механизмов, например, договорного регулирования, норм о борьбе с недобросовестной конкуренцией и т.д. Это может привести к возникновению новой монополии, только уже на другой базе. Как отмечал профессор Хугенхольц, свобода договора может стать договорным принуждением, особенно когда лицо, занимающее доминирующее положение, злоупотребляет своей рыночной властью навязывать договорные условия на безвластных потребителей, как если бы оно было публичным органом²².

Неудивительно, что производители баз данных в США легко отказались от принятия специального законодательства о базах данных (подобно европейскому), так как использование иных механизмов позволило им достичь большего контроля, чем получили их европейские конкуренты, базируясь на механизмах смежного права²³.

В отличие от этого, введение специального режима общественного достояния само по себе исключает возможность такой монополизации. А ведь монополия может возникать не только в силу наличия предоставленного законом права. Наряду с правовым ограничением использования результатов интеллектуальной деятельности возможно и

²⁰ Davies W., Withers K. Op. cit. P. 51.

²¹ Davies W., Withers K. Op. cit. P. 26.

²² Hugenholtz P.B. Code as Code, or the End of Intellectual Property as We Know It // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 1999. N 6 (3). P. 309.

²³ Об истории принятия законодательства о базах данных в этих странах подробнее см.: Калятин В.О., Войничанис Е.А. Содержание базы данных как новый объект правового регулирования // Законодательство. 2007. № 2. С. 28–38.

ограничение фактическое, в частности, с помощью специальных технических средств защиты авторских прав.

В литературе подчеркивалось, что в то время, как законодательство об авторском праве предоставляет правообладателю право контроля за использованием произведения, технические средства защиты дают возможность фактически контролировать действия, которые пользователи могут или не могут совершать с произведением²⁴. Соответственно, эффективные технические средства защиты авторского права способны нарушить баланс, выстроенный в законодательстве²⁵. В результате применения технических средств контроля определение охраноспособного объекта, возможность и условия использования и т.д. в этой системе осуществляются автоматически без возможности пользователя повлиять на результат. В связи с этим профессор Хугенхольц ставит вопрос: «Не движемся ли мы к миру, в котором любое и каждое использование информации определяется полностью автоматизированной системой... Миру, в котором то, что позволено и что нет, более определяется не законом, а компьютерным кодом?»²⁶.

Еще один важный аспект: уязвимость системы ограничений исключительного права в результате агрессивного использования правообладателями инструментов договорного права. В докладе профессора Я. Харгривса, подготовленном в рамках проводившегося по инициативе правительства Великобритании исследования, подчеркивалось, что правительство должно изменить законодательство таким образом, чтобы сделать ясным, что никакие ограничения авторского права не могут быть преодолены договором²⁷.

Значимость этой проблемы нельзя преуменьшать. Использование технических средств и регулирования отношений на основе договора может вытеснить традиционное авторско-правовое регулирование, обеспечив правообладателю или обладателю информационных ресурсов возможность навязывать свою волю пользователю, нейтрализовав, тем самым, выработанные в течение длительного времени ограничения исключительного права. В литературе отмечалось: «Посмотрите на все стороны авторского права и доказательство очевидно: общественное достояние, как могучие джунгли Южной Америки, сокращается практически в тот момент, когда мы смотрим на него»²⁸.

Таким образом, сегодня не представляется большой сложностей поставить объекты, традиционно свободно использовавшиеся обществом, под контроль определенного лица, например, владельца информационного ресурса, лишив общество тех возможностей использования объекта, которые предусматривались законом. В этих условиях закон становится не угрозой свободе движения информации, а гарантией сохранения ее. Примеры специальных норм, введенных как реакция на указанную выше угрозу, можно найти в законодательстве практически всех развитых стран. Следует отметить появление таких норм и в российском законодательстве — например, ст. 1299 ГК РФ, посвященную техническим средствам защиты авторских прав.

В результате, соглашаясь с необходимостью предоставления обществу больших возможностей по использованию результатов интеллектуальной деятельности, в то же время необходимо признать, что делаться это должно не на основе изъятия соответ-

²⁴ Koelman K.J. A Hard Nut or Crack: The Protection of Technological Measures // *European Intellectual Property Review*. 2000. N 6. P. 272.

²⁵ Drier T. Overview of Legal Aspects in the European Union / *Digital Data and Information for Science. Proceedings of an International Symposium*. Washington, 2004. P. 33.

²⁶ Hugenholtz P.B. *Op. cit.* P. 315.

²⁷ Hargreaves I. *Digital Opportunity // A Review of Intellectual Property and Growth* // <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>. (дата обращения: 25.11. 2015)

²⁸ Phillips J. *The Diminishing Domain* // *European Intellectual Property Review*. 1996-8. P. 429.

ствующих объектов из сферы интеллектуальной собственности, а путем применения специального режима общественного достояния. При этом такой режим, очевидно, не должен применяться во всех случаях, когда исключительное право отсутствует или блокируется в части своего осуществления, так как это было бы неоправданным ограничением возможности общества использовать результаты интеллектуальной деятельности.

Очевидно, что режим общественного достояния становится важной составной частью механизма регулирования интеллектуальной собственности и использования информации в целом, не противостоящей охране интеллектуальных прав, а находящейся в тесной взаимосвязи с ней. В связи с этим регулирование в области интеллектуальной собственности должно осуществляться в комплексе, как в части охраны интеллектуальных прав, так и обеспечения существования сферы общественного достояния и движения информации.



Библиография

Дозорцев В.А. Комментарий к схеме «Система исключительных прав / Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. М.: Статут, 2005. С. 32–51.

Калятин В.О., Войниканис Е.А. Содержание базы данных как новый объект правового регулирования // Законодательство. 2007. № 2. С. 28–38.

Aplin T. A Global Digital Register for the Preservation and Access to Cultural Heritage: Problems, Challenges and Possibilities / Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010. P. 3–27.

Boyle J. The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind. Greenwich: Yale University Press, 2010. 336 p.

Colin C. Registers, Databases and Orphan Works / Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World. Cheltenham: Edward Elgar, 2010. P. 28–50.

Cornish W., Llewelyn D., Aplin T. Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights. London: Sweet & Maxwell, 2010. 974 p.

Davies W., Withers K. Public Innovation. Intellectual Property in a Digital Age. Montreal: Institute for Research in Public Policy, 2006. 104 p. http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/30_10_06_public.pdf (дата обращения: 29.11. 2015).

Gilchrist J. Copyright Deposit. Legal Deposit or Library Deposit? The Government's Role as Preserver of Copyright Material // Queensland University Technical Law & Justice Journal. 2005. N 5. P. 177–194.

Hugenholtz P.B. Code as Code, or the End of Intellectual Property as We Know It // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 1999. N 6 (3). P. 308–318.

Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy. London, 2002 // http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf. (дата обращения: 25.11 2015)

Koelman K.J. A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures // European Intellectual Property Review. 2000. N 6. P. 272–288.

MacQueen H., Waelde C., Laurie G., Brown A. Contemporary Intellectual Property. Law and Policy. Oxford: Oxford University Press, 2008. 1058 p.

Netanel N.W. Copyright's Paradox. New York: Oxford University Press, 2008. 254 p.

Open Access and the Public Domain in Digital Data and Information for Science. Proceedings of an International Symposium. Washington: National Academies Press: 2004. 196 p.

Phillips J. The Diminishing Domain // European Intellectual Property Review. 1996. P. 429.

Samuelson P. Digital Information. Digital Networks and The Public Domain // Law and Contemporary Problems. 2003. N 66. P. 80–107.

Instruments of Public Domain in Modern Information Society



Vitaliy O. Kalyatin

Senior Fellow, Information Law Laboratory, National Research University Higher School of Economics, Professor, Russian School of Private Law, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: kalvit@yandex.ru



Abstract

Broadening the list of the protected results of intellectual property should not cause the deprivation of the possibility to have an access to a scientific and cultural domain and use it in society. Acquisition by using intellectual property of global nature means the necessity to obtain permission to use the result of intellectual activity in some jurisdictions and probably from different copyright holders. This raises the price of using intellectual property and hence the price of access of society to the existing achievements of the human mind in both cultural and technological areas. To solve these issues, the mechanism of public domain can play a significant role. It is deserves noting that a simple withdrawal of objects from copyright protection may cause new challenges: weaker exclusive rights can cause not only broadening the sphere of free use of works by society but monopolization of the emerging sphere by people supervising databases. The public domain regime allows averting this challenge setting rules and conditions of using third party's results of intellectual activity. At that, this regime may be lucrative to both users and copyright holders which in turn use borrowed results of intellectual activity in the commercial activity including the creation of new objects. The paper features the fundamental functions of public domain. These functions are various and they go beyond the limits of the internal regulation of intellectual property. However, the regime of public domain lacks efficiency in terms of stimulating initiative in innovations and creating new results as the mechanism of exclusive rights works better. Thus, complex regulation of issues of intellectual property taking into account the potential of every available instrument may become the most efficient. In this case, the regime of public domain may be a crucial tool for regulating intellectual property and using information in general.



Keywords

intellectual property, copyright, patent law, public domain, information, copyright limitations, access to cultural heritage, innovations, education, orphan works, databases

Citation: Kalyatin V.O. (2015) Instruments of Public Domain in Modern Information Society. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 4–16 (in Russian)



References

Dozortsev V.A. (2005) Kommentariy k sheme «Sistema iskluchitel'nykh prav» [Commentary to the Table: System of Exclusive Rights]. Dozortsev V.A. *Intellektual'nye prava* [Intellectual Rights]. Moscow: Statut, pp. 32–51 (in Russian).

Kalyatin V.O., Voinikanis E.A. (2007) Soderzhanie bazy dannykh kak novyy ob"ekt pravogo regulirovaniya [Database Content as a New Object of Legal Regulation]. *Zakonodatel'stvo*, no 2, pp. 28–38 (in Russian).

Aplin T. (2010) A Global Digital Register for the Preservation and Access to Cultural Heritage: Problems, Challenges and Possibilities. *Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 3–27.

Boyle J. (2010) *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. Greenwich: Yale University Press, 336 p.

Colin C. (2010) Registers, Databases and Orphan Works / Copyright and Cultural Heritage. Preservation and Access to Works in a Digital World. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, p. 28–50.

Cornish W., Llewelyn D., Aplin T. (2010) *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights*. London: Sweet and Maxwell, 974 p.

- Davies W., Withers K. (2006) *Public Innovation. Intellectual Property in a Digital Age*. Montreal: Institute for Research in Public Policy, 104 p. Available at: http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/30_10_06_public.pdf (accessed: November 29, 2015).
- Gilchrist J. (2005) Copyright Deposit, Legal Deposit or Library Deposit? The Government's Role as Preserver of Copyright Material. *Queensland University Technical Law and Justice Journal*, no 5, p. 177–194.
- Hugenholtz P.B. (1999) Code as Code. Or the End of Intellectual Property as We Know It. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, no 6 (3), p. 308–318.
- Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy. London, 2002. Available at: http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf (accessed: November 25, 2015).
- Koelman K.J. (2000) A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures. *European Intellectual Property Review*, no 6, p. 272–288.
- MacQueen H., Waelde C., Laurie G., Brown A. (2008) *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 1058 p.
- Netanel N.W. (2008) *Copyright's Paradox*. New York: Oxford University Press, 254 p.
- Open Access and the Public Domain in Digital Data and Information for Science. *Proceedings of an International Symposium*. Washington: The National Academies Press, 2004, 196 p.
- Phillips J. (1996-8) The Diminishing Domain. *European Intellectual Property Review*, p. 429.
- Samuelson P. (2003) Digital Information. Digital Networks and the Public Domain. *Law and Contemporary Problems*, no 66, pp. 80–107.

Имущество и доходы религиозных организаций — публичные или частные?*



Д.Л. Комягин

профессор кафедры финансового, налогового и таможенного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000 Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: lrjvzuby@rambler.ru



Аннотация

Статья посвящена источникам доходов религиозных организаций, происхождению и предназначению церковного имущества, а также проблеме его отчуждения в государственную собственность (секуляризации). Анализ выполнен на примере Православной Церкви, для этого рассмотрены источники канонического права и прослежены исторические аспекты. Сделан вывод о преимущественно общественном предназначении церковного имущества. Это означает, что изъятие церковного имущества порождает расходные обязательства бюджета. Последовательно рассмотрены вопросы возникновения и источников приобретения церковного имущества, правовые формы его отчуждения (секуляризации), а также предназначения церковного имущества. Приобретение храмового имущества прослежено со времен античности, хотя возникновение легального имущества христианских церквей можно отсчитывать только с момента издания Миланского эдикта (313 г.). Основные источники его приобретения: пожертвования, наследование, покупка или создание вновь, дары из государственной казны. Предназначение церковного имущества определяется внутренними правилами Церкви, но каких-то определенных постановлений на этот счет каноническое право не содержит, несмотря на ясное понимание должного и недолжного использования. Секуляризация (ее следует отличать от незаконного изъятия) церковного имущества является исторической формой национализации, ее характер зависит от вовлеченности государства в дела церковного управления. История секуляризации в странах Западной Европы связана с проблемой «умерщвления» церковного имущества, его изъятием из гражданского оборота. На Востоке (в странах восточного христианского вероисповедания) такой проблемы не возникало в силу двустороннего процесса дарения и изъятия церковного имущества со стороны государства.



Ключевые слова

церковное имущество, религиозные организации, право, секуляризация, каноническое право, доходы религиозных организаций.

Библиографическое описание: Комягин Д.Л. Имущество и доходы религиозных организаций — публичные или частные? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 17–33.

JEL: H 89; УДК: 340

* Статья подготовлена при поддержке РГНФ, проект № 14-03-00603 «Государственная казна как источник бюджетных доходов» (2014–2015).

На сегодняшний день роль Русской Православной Церкви во многих областях социальной жизни стала заметна, что порождает пристальное внимание к ней. Такое внимание часто сосредоточено на излишне благополучном имущественном состоянии Русской Православной Церкви (по оценкам дискутирующих)¹. Мерка, которую берут для оценки хозяйственной деятельности Церкви², часто является крайне неопределенной, в то время как подобная дискуссия может и должна существовать только на почве права.

Довод о чрезмерности церковного имущества как основание для его отчуждения с точки зрения современных правовых воззрений на неизбежность частной собственности не выдерживает критики. Отбирать имущество только лишь потому, что его, по мнению изымающего, слишком много, явно противоречит доктрине защиты собственности, закрепленной, например, в ст. 1 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.), согласно которой каждое физическое и юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности.

В связи с этим, независимо от точки зрения, можно сформулировать некоторые вопросы. Являются ли доходы и имущество религиозной организации ее частным капиталом? Если так, то дискуссия о величине таких доходов (если они получены законным путем) не может иметь места. Являются ли средства религиозной организации общественными средствами? Если так, то они подлежат определенной защите и контролю. Возникает и третий вопрос — может ли имущество религиозной организации изыматься у нее по решениям публичной власти?

Изъятие церковного имущества именуется *секуляризацией*, имеет давнюю историю и представляет собой разновидность национализации (муниципализации), под которой понимается переход к государству (муниципальному образованию) имущества, находящегося в частной собственности. При секуляризации в государственную (муниципальную) собственность переходит церковное имущество, которое отличается от частного имущества.

В настоящее время вопрос о секуляризации церковного имущества в Российской Федерации не стоит на повестке дня, хотя еще не завершен процесс реституции того, что было незаконно изъято у религиозных организаций в советский период российской истории. Однако вопросы секуляризации, как показывает исторический опыт, всегда актуальны.

Греческая Республика переживает уже не первую волну секуляризации. Последние налоговые льготы в пользу всех без исключения религиозных организаций в Греции были отменены 23 апреля 2010 г. законом № 3842/2010. Юридические лица, представляющие церкви Греции, обязаны выплачивать: налог на недвижимость; налог на арендную

¹ См. подробнее: *Прот. Владимир Вигилянский*. Что это было. Весеннее антихристианское обострение. М., 2013.

² Слово «церковь» является многозначным и имеет смысловой диапазон от сакрального до обозначения зданий и строений, необходимых для совершения церковных таинств. В данной статье слово «церковь» со строчной буквы употребляется в значении корпорации публичного права, выступающей от своего имени в имущественном обороте. Можно сказать, что это форма, которую по необходимости принимает Церковь, вступая в имущественные отношения. В современном российском законодательстве в этом же значении используется термин «религиозная организация». В действительности под Церковью (здесь — с заглавной буквы) понимается собрание верующих во Христа, «в которое им самим призывается войти каждый» (см.: Основы социальной концепции Русской Православной Церкви на официальном сайте Московского Патриархата // <http://www.patriarchia.ru/db/text/141422> (дата обращения: 20.09.2014)), учреждение вечное и надмирное, так как она учреждена и возглавляется самим Господом Иисусом Христом. Церковь обращена к внутреннему человеку, его совести. В этом понимании любой христианин, в том числе не имеющий церковного сана, также является членом Церкви.

плату по ставке 20%; дополнительный налог на доходы от зданий и арендуемых земель в размере 3%; налог на наследование и пожертвования в размере 0,5% от их стоимости; сбор 2,4% на каждый денежный вклад верующих православным храмам за совершение богослужбных действий; иные налоги, связанные с совершением сделок³.

Идет процесс сокращения заработной платы духовенству, которая выплачивается греческим правительством в соответствии с Договором 1833 года, когда 2/3 недвижимого имущества Церкви было передано государству. Из оставшейся собственности 96% также уже перешло в разные годы к государству⁴. В прессе имеются сообщения, что, согласно принятой программе приватизации, Греция должна передать в частную собственность более 80 000 объектов, в число которых попали православные храмы. Широко известен процесс, связанный с уголовным делом о продаже имущества афонским монастырем Вагопед. Отмечается, что сокращение доходов и имущества, к сожалению, отражается на благотворительной и просветительской деятельности, которую ведет Элладская Православная Церковь⁵.

Следует сразу отметить, что право государства на национализацию частного имущества является его неотъемлемым правом и закреплено в большинстве конституций. Этому праву корреспондирует обязанность произвести надлежащую компенсацию⁶. Вышеуказанные обстоятельства, а также то, что церковное имущество не единожды в истории являлось предметом фискального интереса, позволяет утверждать, что лучшим способом уничтожения повода для вражды и споров является установление такой процедуры отчуждения церковного имущества, которая учитывает все его особенности. Это может быть востребовано в рамках подготовки законодательства о процедуре национализации.

Как особенный вид национализации, секуляризация должна быть регламентирована законодательством исходя из принципов возмездности и сохранения объема социальной помощи и просветительской деятельности. Последнее означает, что государство в случае изъятия церковного имущества должно взять на себя расходы, которые за счет данного имущества осуществлялись, а часть церковного имущества, в особенности, предназначенная непосредственно для исполнения церковных таинств (богослужения), должна обладать иммунитетом от отчуждения⁷.

Предмет настоящей статьи лежит в области права, но тема такова, что диктует широкое использование историко-сравнительного метода исследования, не может быть рас-

³ Послание Архиепископа Афинского и всея Греции Иеронима властям Греции и Европейского Союза по вопросам налогообложения Православной Церкви Греции и заработной платы ее клира. [Электронный ресурс] // <http://www.ecclesia.gr/epikairotita/default.asp> (дата обращения: 21.09.2014); <http://www.aksioprepeiakantoxh.com/thematikes/ekklisia-kratos/289-i-forologisi-tis-ekklisias> (дата обращения: 05.06.2014).

⁴ Известна передача церковных сельскохозяйственных угодий государству в 1922 г. для помощи беженцам из Малой Азии при обмене населением, известном как «малоазийская катастрофа», а также безземельным земледельцам после 1945 г. Правовые акты о секуляризации недвижимости Элладской архиепископии принимались регулярно: в 1920, 1931, 1952 и 1987 гг.

⁵ <http://www.pravoslavie.ru/smi/63843.htm>; <http://www.agionoros.ru/docs/751.html>; <http://www.pravoslavie.ru/jurnal/66332.htm>; <http://www.pravoslavie.ru/smi/54674.htm> (дата обращения: 03.05.2014).

⁶ См.: Козырин А.Н. Указ. соч. С. 93–94.

⁷ Такое имущество именовалось священным в соответствии с законодательством Российской Империи (Полное собрание законов Российской Империи. Т. 42. С. 775). Сегодня на движимое и недвижимое имущество богослужебного назначения не может быть обращено взыскание в соответствии с п. 5 ст. 21 Федерального закона от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях».

смотрена вне истории христианской Церкви. Особенностью, вытекающей из предмета статьи, является необходимость принимать во внимание не только правовые нормы, установленных публичной властью, но также и внутренние правила Церкви по отношению к принадлежащему ей имуществу, которые выражены в нормах канонического права (главным образом, для того, чтобы понять предназначение церковного имущества)⁸.

Следует заметить, что каноническое право является частью правовой системы в большинстве государств, в том числе и в Российской Федерации. В настоящее время оно выполняет функцию корпоративного (локального) правового регулирования⁹, что и определяет его юридическую силу. В то же время корпус актов канонического права в основном сформировался много веков назад. История его применения превышает время существования любого из современных государств, а пространство действия не имеет границ, действуя там, где существует христианская община, принадлежащая к той или иной церкви. Следствием такого положения вещей является существование в каноническом праве значительного количества архаических норм, которые были выработаны для уже ушедших отношений.

В исторической ретроспективе были длительные периоды, когда церковь не была отделена от государства де-юре. Тем не менее и в такие периоды вопросы церковной собственности, как вопросы для Церкви внешние, регулировалась исключительно государственными законами¹⁰. В некоторых случаях существование утративших силу норм этих законов продолжилось уже в каноническом праве¹¹. В целом каноническое право имеет ту особенность, что не знает процедуры упряднения норм. Таким образом, каноническое право может служить ценным источником по истории правового регулирования рассматриваемых здесь отношений.

Следует согласиться с суждением прот. Владислава (Цыпина), что «юридический характер отношения Церкви к имуществу, которым она пользуется, зависит от статуса Церкви в государстве, определяется его правовым режимом», из чего следует, что «церковная собственность может быть ограждена лишь государственным законодательством»¹². С другой стороны, следует помнить, что «большая наивность, при которой религия, как вечное содержание человека, смешивается с историческими организационными формами, выросшими в определенной культурно-исторической эпохе и разрушающимися вместе с нею»¹³.

⁸ В данном исследовании не делается различия между каноническим и церковным правом.

⁹ См.: *Гаранова Е.П., Кискин Е.В.* Правовой режим церковного имущества: межсистемные коллизии канонического и светского права (1917–1929 годы) // *История государства и права.* 2007. № 20.

¹⁰ Исключение составляет практика Римско-Католической Церкви со времени существования «папского государства», когда в лице главы Церкви соединились церковная и светская власть. Следует, однако, отметить сомнительное происхождение этого права, которое возникло в 754 году после обмена «подарками» между франкским королем Пипином и римским понтификом Стефаном II, когда франкский король пожаловал в вечную собственность представителю Св. Апостола Петра Равенну и прилегающие к ней области, а папа наградил короля франков титулом римского патриция и венчал на царство. По меткому замечанию А.М. Величко, эта сделка являлась ничтожной с правовой точки зрения, так как каждый подарил другому то, что ему не принадлежало, а являлось достоянием императора Восточной Римской империи. См.: *Величко А.М.* История византийских императоров. Т. 2. М. 2009. С. 72.

¹¹ Например, принципы, касающиеся содержания духовенства, впервые закрепленные законодательством Юстиниана, который вообще придал постановлениям первых пяти Вселенских Соборов и иным церковным канонам силу закона.

¹² *Прот. Владислав (Цыпин).* Каноническое право. М., 2012. С. 71–73.

¹³ *Флоренский П.* Предполагаемое государственное устройство в будущем. М., 2009. С. 11.

Возникновение и приобретение церковного имущества

Отношения по приобретению, использованию и отчуждению имущества храмов возникли в Древнем мире и могут быть прослежены по сохранившимся источникам, например, в греческих полисах, древнем Египте и доимператорском Риме. Впрочем, в те времена эти отношения не были урегулированы правом, в лучшем случае могло существовать обычное право.

Макс Вебер именовал античные храмы «депозитными кассами»¹⁴. По замечанию П.П. Гензеля, в Древнем мире мало различали казну государства и казну храма. Первоначально в греческих государствах общественные средства представляли собой складчину свободных граждан для решения конкретных (например, военных) задач¹⁵. Излишки этих средств возвращались гражданам, но постепенно появилось осознание того, что запасы необходимы. Такие запасы начали передавать на хранение в храмы, и использовать их на общественные нужды можно было при соблюдении некоторых формальностей. В результате возник двусторонний процесс, когда, с одной стороны, излишки собранных на общественные цели средств помещали в храм на хранение (можно это было понимать и как жертву языческим богам), а, с другой стороны, в случае нужды средства из храма изымались. В древнем дореспубликанском Риме в период правления этрусской царской династии¹⁶ появилось понятие *aerarium Saturni* (священная казна, принадлежащая верховному божеству римского пантеона).

Уникальным являются установления книг Ветхого Завета в отношении права собственности на недвижимое имущество. В первую очередь замечательна та его часть, которая называется Законом Моисея и устанавливает «теократический принцип», согласно которому полновластным собственником всей земли является только Иегова, но она отдана Им во владение Израилю и в этом смысле составляет общее владение всех членов народа Израилева¹⁷.

Имущество Храма, особенно содержание сокровенных частей Скинии, ковчег Завета, обладало максимальной степенью святости, было выведено из какого-либо хозяйственного оборота. Однако о том, что имущество, пожертвованное в Иерусалимский храм, могло быть использовано на общественные нужды при крайней необходимости, свидетельствуют и Ветхий, и Новый Завет, когда речь идет о хлебах предложения в храме, которые употребил в пищу пророк Давид и бывшие с ним (Мф. 12:4; Мк. 2:26; Лк. 6:4).

Ярким выражением теократического принципа в законодательстве Моисея является установление о продаже земли в юбилейный год: «В юбилейный год возвратится каждый во владение свое» (Лев. 25:13). И еще: «Землю не должно продавать навсегда, ибо Моя земля; вы пришельцы и поселенцы у меня» (Лев. 25:23). То есть собственник остается таковым только в пределах 50-летнего срока.

Правило юбилейного года, однако, еще не связано с темой церковного имущества, так как земля, хотя и собственность Бога, но еще не имущество церкви. Нельзя сказать этого и о собственности левитов в древнем Израиле, которая представляет собой следующую степень удаленности от имущества храма. Текст Ветхого Завета (Числ. 35:1-8; Лев. 25) толкуется таким образом, что земля, находящаяся в общей собственности ле-

¹⁴ Вебер М. История хозяйства. Город. М., 2001. С. 240.

¹⁵ Гензель П.П. Очерки по истории финансов. М., 1913. Цит. по: Гензель П.П. Очерки по истории финансов // Реформы и право. 2014. № 2. С. 53.

¹⁶ Прот. Владислав (Цыпин). История Европы дохристианской и христианской. Том III. Рим в эпоху царей и республики. М., 2011. С. 609.

¹⁷ Лопухин А.П. Законодательство Моисея. М., 2005. С. 114.

витов и прилегающая к их городам, является неотчуждаемой, а на дома левитов распространяется (в отличие от других израильтян) правило юбилейного года¹⁸.

Наконец, в древнем Израиле могла существовать недвижимость, которая была посвящена Богу в качестве благодарственной жертвы. В отношении такого имущества действовали и правило юбилейного года, и правило о выкупе, но стоимость выкупа устанавливалась повышенной. Законодательство Моисея остается единственным в своем роде, особенным, оно не получило развития в римском праве или иной правовой системе¹⁹.

В первые времена Нового Завета первоначальное «христианское общение» имуществ в первых общинах, когда участники общины полностью отказывались от своего имущества в пользу общины, за счет которой содержались ее неимущие члены, «держалось весьма недолго»²⁰. Имущество первых общин «составлявшееся из приношений христиан и находившееся в управлении епископа и его помощников-дьяконов, не было имуществом юридического лица, так как сама церковь еще не пользовалась государственным признанием, но и была преследуема государством»²¹.

Вообще имущественное состояние первых христианских общин иногда именуется коммунизмом или первохристианским коммунизмом, что не является верным. Экономический или правовой анализ деяний святых Апостолов по устройству первой общины, описанных в книгах Нового Завета (Деян 2: 42-47, 5: 1-11), несостоятелен, так как «это не институт права и хозяйства, не было ни коммунизма, ни социализма, ни индивидуального, а было выражение взаимной любви»²². Иначе говоря, общность имущества первохристианских общин можно назвать следствием того высокого состояния, которое описывается Св. Апостолом и Евангелистом Лукой следующим образом: «У множества же уверовавших было одно сердце и одна душа; и никто ничего из имения своего не называл своим, но все у них было общее» (Лк. 4, 32).

Об имуществе христианской Церкви, как имуществе корпорации, можно говорить только после знаменитого Миланского эдикта 313 г. о веротерпимости императора Константина Великого. Правовое регулирование церковного имущества (как имущества корпорации) получило значительное развитие в греко-римском праве, прежде всего, по известному законодательству императора Юстиниана (527–565 гг.)²³. После законодательства Юстиниана и на его основе в Восточной Римской империи (Византии) создавались иные официальные компендиумы права, в частности, Эклога, Прохирон, Эпанагога, Царские книги (Василики), относящиеся ко времени правления исаврийской и македонской династий.

Значение этих памятников права вышло далеко за пределы существования Византии. Законодательство Юстиниана непосредственно лежит в фундаменте европейского частного права. Московская Русь ознакомилась с идеями вышеуказанных византийских законодательных сборников либо через фрагменты, включенные в синтагму Матфея Властаря и в *Jus Greco-Romanum* Леунклавия, либо, возможно, из перевода самих сбор-

¹⁸ Там же. С. 110.

¹⁹ Оговоримся, что теократический принцип лег в основу теории «двух мечей», которая развилась из идей известного трактата блаж. Августина Аврелия «О граде Божиим». См.: *Блаженный Августин*. Творения. Том третий. О граде Божиим (книги 1–13). СПб.–Киев, 1998. Этот принцип превосходства власти римского епископа, который вручает соответствующий меч светским властителям, до настоящего времени определяет самоощущение в международных отношениях Святого Престола.

²⁰ *Суворов Н.С.* Учебник церковного права. М., 2004. С. 380.

²¹ Там же.

²² *Булгаков С.Н.* История экономических и социальных учений. М., 2007. С. 129.

²³ Нормы, касающиеся устройства Церкви, главным образом содержатся в Кодексе Юстиниана, который предшествовал носящим его же имя Дигестам, Институциям и Новеллам.

ников, и положила их в основание своего государственного права²⁴, что видно из содержания Русской Правды и русских кормчих книг (и даже из свода законов Российской Империи)²⁵. Еще раньше византийское право составило основу сербского Законника Стефана Душана. Без сомнения, при рецепции византийского права произошло его сочетание с национальным обычным правом, в результате чего сложилась оригинальная конструкция идей и воззрений.

Римское и греко-римское законодательство не содержало термина, который бы обозначал отчуждение церковного имущества в пользу государства. Дело в том, что через прочтение греко-римского права мы узнаем о *множестве форм разрешенного приобретения церковного имущества*, обратной стороной которых являются формы и способы его *отчуждения*. Восточная Римская империя чаще выступала как даритель и охранитель церковного имущества, но были случаи его изъятия на публичные нужды (т.е. секуляризации). В любом случае изъятие происходило на правовой основе.

Полезно разобрать способы приобретения имущества по греко-римскому праву, набор которых принципиально не изменился за прошедшие столетия. Для этого прежде всего имеет смысл обратиться к трудам В.В. Болотова, глубоко и точно описавшего привилегии (права) Церкви в христианском государстве, часть которых составляли имущественные права²⁶.

Первым из имущественных прав Церкви является право приобретения имущества *посредством покупки*, что стало возможно только после того, как Церковь получила официальный статус корпорации (*corpus christianorum*).

Право *получения подарков (donatio)* вытекает из права покупки, но было дано специальным эдиктом императора в 321 году. Для получения прав на подарок требовалось занесение сведений в специальные акты начальника провинции, для чего были необходимы два свидетеля. В последующем эта процедура для церковного имущества была максимально упрощена²⁷.

Как указано выше, получение имущества *по завещанию* представляло собой (вместе с дарами) существенный для Церкви источник доходов. Право Церкви на наследование за своими членами столкнулось с нормами римского права об обязательном определении наследника. По мнению Ульпиана (приводится В.В. Болотовым)²⁸, нельзя было назначать наследниками ни всех вообще, ни богов. Право наследования Церкви как корпорации по завещанию было также дано законом императора Константина в 321 году. Имущественное право возможности церковной общины *наследовать имущество* за монахами и членами клира, не оставившими наследников, было дано в 434 году.

²⁴ Соколовский Вл. О характере и значении Эпанагоги / Византийский временник. СПб., 1894. Т. I. Вып. I. С. 53–54; Тяжелов А. Законы греческих императоров в отношении к Церкви после Юстиниана. М., 1877. С. 3–4; Августин Э. Об ученой обработке греко-римского права обзором новейшей его литературы. СПб., 1857. С. 2–3. См. также многочисленные упоминания об этом у современных авторов, напр.: Ефимовских В.Л. Священство и царство: к вопросу о модели государственно-церковных отношений в московский период // Вестник Пермского университета. 2013. № 1; История отечественного государства и права. Учебник. Часть 1. М., 2004; Собина И.Ю. Влияние византийского права на развитие отечественного семейного права: историография вопроса // Общество и право. 2009. № 4 и др.

²⁵ Достаточно ознакомиться с положениями свода законов Российской Империи (гл. 5 разд. 1, гл. 62–66), касающимися коронавания императора (им вслух произносится Символ православной кафолической веры, как было принято и в Византии), и разд. 7 о статусе Православной Кафолической Веры Восточного исповедания.

²⁶ Болотов В.В. Собрание церковно-исторических трудов. Т. 4. Лекции по истории Древней Церкви. М., 2002. С. 110–144.

²⁷ Болотов В.В. Указ. соч. С. 111.

²⁸ Там же.

Еще один источник доходов составляли *дары из казны*, которые давались императорами, как правило, при значительных событиях (вступления на престол), но также и в связи началом боевых действий, иногда — в силу личных обстоятельств. Такие дары, будучи временами щедрыми, способствовали развитию церковной благотворительности.

Иммунитет от уплаты податей, а также свобода клира от муниципальных повинностей (члены клира фактически уже несли общественное служение) нельзя исключать из числа источников церковного благосостояния, так как это право сберегало значительные средства. Это право, как и право наследования, досталось христианской Церкви «по умолчанию» от языческих храмов.

В то же время от уплаты имущественных налогов, которые являлись главной доходной базой государственных финансов Византии, церкви были освобождены только частично в отношении мест богослужений. Имелись и иные ограничения, например, относительно предельного штата клира того или иного храма, избрания в клир граждан с небольшими доходами (чтобы сохранить их как налогоплательщиков). В целом правовое регулирование всех аспектов деятельности церкви в христианской Византии было подробным и представляло собой систему прав и ограничений, необходимых для обеспечения интересова, как государства, так и самой церкви.

Для более полной картины рассмотрим источники имущества Русской Православной Церкви. Такие сведения можно найти даже в таком своеобразном источнике, как атеистическая литература, издававшаяся после утверждения советской власти. Называются следующие способы приобретения церковного имущества: пожалование от правительства; приобретение по завещанию (духовная); дар; покупка, а также коммерческая деятельность, связанная с передачей земель в аренду или приобретение по закладным²⁹. Как можно увидеть, каких-либо новых способов здесь не указано.

Ко всем указанным способам, однако, следует добавить небольшой комментарий. Утверждается, что «церковь из татарского ига вышла значительно укрепленной экономически»³⁰, что верно. Происхождение основного массива имущества русской Церкви в период монгольского порабощения связано с тем, что церковные имения получили охранные пайцзы (удостоверения) ордынских властителей, которые освобождали от дани (налогов). Существовало у Церкви и право принятия наследства по завещанию, а пожертвовать имущество храму для русского человека того времени было способом защитить его, так как частное имущество иммунитетом не обладало.

Можно заметить, что привилегии Церкви на Руси в период татаро-монгольского владычества связаны с известным Чудом исцеления ослепшей ханши Тайдулы в Орде, совершенным по молитвам Св. Алексия, Митрополита Московского в 1357 году, засвидетельствованным Никоновской летописью и Степенной книгой. В знак благодарности была пожалована и территория в Кремле, которую занимали ханские конюшни, и на которой Св. Алексием был основан Чудов монастырь. При всем скептическом отношении части историков к этим давним событиям, что остается вопросом веры³¹, дарованные льготы и последующее экономическое благополучие русской Церкви являются хорошей иллюстрацией иногда непостижимых путей приобретения церковного имущества, которые чаще всего связаны с доброй волей дарителя.

²⁹ Грекулов Е. Секуляризация церковных имений в России. М., 1930. С. 8.

³⁰ Грекулов Е. Указ. соч. С. 8; Исаев М.А. История Российского государства и права. Учебник. М., 2012.

³¹ Кривцов Д.Ю. Рассказ о поездке митрополита Алексия в Золотую Орду в литературных источниках и историографии // Мир истории. 2002. № 5. По этому поводу следует заметить, что русские летописи являются единственным источником информации о событиях того времени, из-за чего даже аргументированный критический анализ летописей может привести к полной неопределенности знаний о событиях того времени.

Действующая редакция устава Русской Православной Церкви говорит о том, что ее средства образуются из: пожертвований при совершении богослужений; добровольных пожертвований; пожертвований при распространении предметов православного религиозного назначения и литературы, а также от их реализации; доходов от деятельности церковных учреждений и предприятий; отчислений синодальных учреждений, епархий, епархиальных учреждений, миссий, подворий, представительств, а также приходов, монастырей, братств, сестричеств, их учреждений, организаций и др.; иных не запрещенных законодательством поступлений, в том числе доходов от ценных бумаг и вкладов, размещенных на депозитных счетах. Русская Православная Церковь может иметь в собственности здания, земельные участки, объекты производственного, социального, благотворительного, культурно-просветительного, религиозного назначения, денежные средства и иное имущество, необходимое для обеспечения ее деятельности.

В любом случае стяжание имущества не является целью церковного служения, а в целом долгая история приобретения того или иного церковного имущества отличается значительным разнообразием и может быть результатом как высокого акта самоотречения, так и излишнего рвения отдельных личностей, а также промыслительного (по-другому не объяснить) действия.

Происхождение и эволюция секуляризации

Можно предположить, что секуляризация как явление появилась одновременно с узаконением имущества христианской Церкви, т.е. уже с IV в. н.э., но термин «секуляризация» начал использоваться для отчуждения имущества (первоначально — земельных владений) у Римско-Католической Церкви только с XVII в., а позже распространился на аналогичные явления в отношении имущества многочисленных протестантских конфессий и православных церквей. Изредка термин «секуляризация» применялся и в отношении отчуждения мусульманских вакуфов³². Вакуфы как способ выведения имущества из гражданского оборота и из-под налогообложения были предметом заботы властей Российской Империи³³; позже были полностью национализированы советской властью; в разные времена отчуждались в пользу государства в Алжире, Турции и иных странах³⁴.

Относительно недавно появились такие словосочетания, как секуляризация сознания, секуляризация культуры, секуляризация образования и т.д.³⁵ Обозначенные яв-

³² Вакуф (вакф, араб. — удержание) в мусульманском праве представляет собой имущество, переданное или завещанное на богоугодные и религиозные нужды, но в некоторых случаях (обычный вакуф) остающееся в пользовании передающего лица, которое приобретало обязанность заботы об этом имуществе. См.: Большая российская энциклопедия. М., 2006. Т. 4. С. 522; Энциклопедический словарь. СПб., 1891. Т. V. С. 390–392; Большая советская энциклопедия. М., 1951. Т. 6. С. 550.

³³ См., напр.: Протоколы заседаний комиссии, учрежденной приказом по Туркестанскому краю от 5 июня 1904 года № 147 по рассмотрению вопросов, касающихся вакуфного дела в Туркестанском крае — Туркестанская казенная палата, 1904 (фонд Государственной публичной исторической библиотеки России). Нужно заметить, что имплементация норм шариата в российское законодательство никогда не производилась, вакуфное имущество просто сохранялись в существующем состоянии.

³⁴ Мухаметзарипов И.А. Особенности правового оформления вакуфных отношений в округе Оренбургского Магометанского Духовного Собрания в конце XVIII — начале XX века // История государства и права. 2012. № 24.

³⁵ См., напр.: Гарас Л.Н. Основные направления изучения процесса секуляризации в современном мире // Вестник Севастопольского государственного университета. Вып. 103. С. 128–131; Придворов Н.А., Тихонова Е.В. Институт свободы совести и свободы вероисповедания в праве современной России. М., 2007.

ления являются продуктом XIX века, термин «секуляризация» здесь, с одной стороны, используется для обозначения уменьшения влияния Церкви в различных областях общественной жизни, с другой стороны, для описания движения человеческой души, субъективного внутреннего ощущения, что ближе всего к сфере философии, социологии и культурологии. Указанные рассуждения затрагивают сферы, недоступные для научного анализа, где не действуют физические законы и не существует общественных отношений.

В области права понятие секуляризации имеет объективное значение и используется для обозначения *процедуры*, связанной с переходом церковного имущества в собственность государства. Следует подчеркнуть, что понятие секуляризации возникло для обозначения *законного перехода права собственности* в соответствии с принятыми публичной властью правовыми нормами.

Первое употребление самого термина (*saecularis* — мирской) произошло на переговорах, предшествующих заключению знаменитого Вестфальского мира 1648 г., который ознаменовал окончание Тридцатилетней войны в Западной Европе. Общепринято мнение, что Вестфальский трактат определил основные контуры системы международных отношений в Европе на полтора столетия, он знаменует возникновение и развитие международного права Нового времени³⁶. В литературе упоминается, что слово «секуляризация» было использовано впервые в 1646 г. французским посланником Лонгвилем и означало возможность удовлетворения интересов победителей за счет конфискации монастырских земельных владений³⁷. Вестфальский мир узаконил фактический захват церковных земель по состоянию на 1624 год.

Таким образом, первое значение понятия «секуляризации» означает отчуждение в пользу светских (государственных) властей земельных владений.

Основательное объяснение происхождения термина «секуляризация» дано Н.С. Суворовым, который раскрывает его через изложение истории возникновения имущества христианской Церкви. По его словам, начиная с правления императора Константина Великого (с IV века) и последующих императорах-христианах имущество Церкви существенно приумножилось. «Церкви предоставлено было право принимать дарения и легаты, а также право наследования по завещанию и без завещания (последнее после епископов и других духовных лиц) ... Таким образом, для церкви открылся обильный источник богатства»³⁸. Но принятое в странах Западной Европы правило неотчуждаемости церковного имущества привело к тому что «на Западе масса церковного имущества... разрослась до такой степени, что епископы, аббаты и проч. сделались крупными баронами-землевладельцами, феодалами, владетельными князьями»³⁹. Реакцией на образование непрерывно растущего и неотчуждаемого массива церковного имущества стало издание во многих странах так называемых «амортизационных законов, или законов о мертвой руке»⁴⁰, ограничивающих церковные приобретения. Такие законы противопоставлялись актам о передаче имущества Церкви, или об умерщвлении (*amortisando*) имущества. Примерно этому же времени соответствует высказывание Петра Великого о церковном имуществе как «тунегиблемом»⁴¹, которое было подхвачено советскими государственными деятелями⁴².

³⁶ Международное право. Общая часть: Учебник. М., 2011; Мелехин А.В. Теория государства и права: Учебник // СПС «КонсультантПлюс».

³⁷ Гараджа В.И. Религиоведение. М., 1995.

³⁸ Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 381.

³⁹ Там же. С. 382.

⁴⁰ Там же.

⁴¹ Иначе говоря, пропадаящим без пользы для государства.

⁴² Луначарский А. Кому принадлежит церковное имущество? М., 1922. С. 12.

В целом, однако, идея о «*manos mortia*» (мертвой руке) является продуктом развития идей о церковно-имущественных отношениях на Западе. В Византии (как и в России), законов об умерщвлении церковного имущества не издавалось⁴³, в силу чего не было политических и экономических предпосылок для издания противоположных им актов.

Со времени Реформации в странах Западной Европы стали издаваться *секуляризационные* законы, направленные на изъятие имущества из церковной собственности. Сначала секуляризации подвергалось имущество Римско-Католической Церкви в тех странах, где произошло отпадение от власти Римского папы, затем настала очередь Австрии и Франции⁴⁴. В XIX веке секуляризация вновь произошла в Германии. В России заметная секуляризация происходила в правление Петра Первого (1682–1725) и Екатерины Второй (1762–1796). Беспрецедентной по масштабам и форме являлась секуляризация в период после 1917 г. и до конца советской эпохи, которая имела характер не правовой процедуры, а всесторонних гонений и прерывалась краткой «оттепелью» (1942–1953), вновь сменившейся «хрущевскими гонениями»⁴⁵.

Всегда существовал иной довод в пользу секуляризации, который оправдывает ее крайней государственной необходимостью⁴⁶. Эта же необходимость всегда имеется виду при принятии решения о национализации. В этом случае и возникает вопрос о том, в качестве какого субъекта права собственности рассматривается Церковь: полноценного собственника, стоящего в одном ряду с частными корпорациями (в древнее время — крупными землевладельцами) или собственника ущербного, часть полномочий которого отдано публичной власти?

Данный вопрос не решается однозначно для всех государств и юрисдикций, зависит от множества исторических и политических обстоятельств. Например, подход к решению данного вопроса в Российской Империи был сформулирован Петром Аркадьевичем Столыпиным: «... чем выше политическое положение церкви в государстве, тем теснее она входит в область государственного организма, тем значительнее должны быть и права государства»⁴⁷. Более предметно это выглядело так: вся сфера отношений между государством и Церковью делилась на три области. В первой из них Церковь владела полной самостоятельностью (вопросы догмата, богослужения и иные). Во второй Церковь могла быть стеснена государством (область церковного законодательства, управления), а в третьей государство имеет полную свободу (регулирование отношений между Церковью и государством)⁴⁸. Следует предположить, что вопросы владения имуществом относятся ко второй области, т.е. свобода Церкви может быть стеснена государством.

Чтобы увидеть, насколько могут простираться права государства в отношении церковного имущества, следует рассмотреть предназначение данного имущества.

⁴³ Соколов Пл. Церковно-имущественное право в Греко-Римской империи. Опыт историко-юридического исследования. Новгород, 1896. С. 211.

⁴⁴ Там же.

⁴⁵ См., напр.: Исаев М.А. Указ. соч; Карташев А.В. Очерки по истории Русской церкви. М., 1977; Смолич И.К. История Русской церкви. М., 1996; Комиссаренко А.И. Хозяйство монастырских вотчин и секуляризационная реформа в России 20–60 гг. XVIII в. М., 1985 и др. Обзор литературы по истории секуляризационных актов в России может быть очень обширным.

⁴⁶ Соколов Пл. Указ. соч. С. 213.

⁴⁷ Речь П.А. Столыпина на 116-м заседании Государственной Думы 22 мая 1909 года / Справка по вопросу об отношении церковного законодательства к государственному. СПб., 1914. С. 21.

⁴⁸ Из речи П.Н.Милюкова на заседании Государственной Думы 17 февраля 1910 года / Справка по вопросу об отношении церковного законодательства к государственному. СПб., 1914. С. 29.

Предназначение церковного имущества

Предназначение церковного имущества, как упомянуто выше, должно быть связано с внутренними установлениями Церкви. Согласно Уставу Русской Православной Церкви, Русская Православная Церковь, при уважении и соблюдении существующих в каждом государстве законов, осуществляет свою деятельность на основе Священного Писания и Священного Предания; канонов и правил святых Апостолов, святых Вселенских и Поместных Соборов и святых отцов; постановлений своих Поместных и Архиерейских Соборов, Священного Синода и указов Патриарха Московского и всея Руси, а также Устава. Если так можно выразиться, все перечисленные источники определяют направления уставной деятельности Русской Православной Церкви. Устав, в свою очередь принят в соответствии с законодательством Российской Федерации⁴⁹. Согласно российскому законодательству в уставе религиозной организации должны быть указаны источники образования денежных средств и иного имущества религиозной организации, порядок распоряжения этим имуществом⁵⁰.

Систематического свода правил об управлении церковным имуществом в постановлениях Вселенских Соборов, в канонах или в творениях святых отцов не имеется. Церковные соборы время от времени разбирали отдельные имущественные вопросы как второстепенные в связи с насущной необходимостью или конкретной проблемой⁵¹. Тем более каноническое право не содержит ответа на вопросы, например, о статусе церковного имущества, о том, кто является собственником церковного имущества⁵², о категориях церковного имущества или о допустимых сделках в отношении такого имущества. В любом случае статус церковного имущества регулируется правом государства, на территории которого расположено такое имущество⁵³.

Некоторые указания о вознаграждении священника имеется у Св. Апостола Павла, который вслед за Спасителем (Лк. 10:7) повторяет: «Не заграждай рта у вола молотящего и трудящийся достоин награды (1 Тим. 5:18). И еще: Какой воин служит когда-либо на своем содержании? Кто, насадив виноград, не ест его? Кто, пася стадо, не ест молока со стада... Разве не знаете, что священнодействующие питаются от святилища? Что служащие жертвеннику берут долю от жертвенника?» (1 Кор. 9:7,13). Однако, заботясь об успехе проповеди и личном спасении, Апостол подал пример иной жизни, зарабатывая на пропитание собственным трудом: «Но я не пользовался ничем таковым (1 Кор. 9:15)»⁵⁴. То есть запретов на владение и использование имущества не ставится, но возникающие отношения получают сотериологическое освящение⁵⁵.

⁴⁹ <http://www.patriarchia.ru/db/text/133115.html> (дата обращения: 22.09.2014).

⁵⁰ Ст. 10 Федерального закона от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях».

⁵¹ Например, 42-е правило Карфагенского собора (397 г.) гласит, «чтобы пресвитеры, без соизволения своих епископов, не продавали вещей церкви, в которой посвящены. Равно и епископам не позволительно продавали церковные земли, без ведома собора или своих пресвитеров. Того ради, кроме нужды, и епископу не позволительно расточати вещи, находящиеся в церковной описи».

⁵² Прот. Владислав (Цыпин). Указ. соч. С. 709.

⁵³ Обратный порядок закончился Реформацией, в значительной степени вызванной противостоянием светской власти и Римско-Католической Церкви по поводу власти и имущества.

⁵⁴ Св. Апостол Павел владел ремеслом изготовления палаток (Деян. 18:3).

⁵⁵ Сотериология (греч. σωτηρία «спасение») — учение об искуплении и спасении человека после смерти. Цель христианского спасения людей является главным смыслом деятельности Церкви.

Имущество Церкви необходимо, во-первых, для совершения богослужения (церковные здания, убранство храмов, священные предметы и облачения), во-вторых, для содержания клира и, в-третьих, для общественного служения, которое заключается в просветительской и благотворительной деятельности. Существуют разнообразные активы, в том числе коммерческие предприятия, доход которых направляется на указанные цели.

Титульным собственником всего церковного имущества по римскому праву, как указано выше, являлась Церковь как корпорация. Позже появились иные теории о собственнике церковного имущества⁵⁶. В частности, собственником имущества назывался сам Бог (к которому неприменимы человеческие понятия! — Д.К.). Вслед появились: формула о церковном имуществе как о достоянии нищих⁵⁷; западная теория общецерковной собственности (здесь титульным собственником выступал римский понтифик); теория целевого имущества, согласно которой имущество принадлежит цели, а не субъекту; протестантская доктрина о принадлежности церковного имущества государству; церковно-общинная теория (собственник-община) и гибкая институтная (институциональная, институциональная) теория, которая называет субъектом церковной собственности разные религиозные институты, в числе которых могут быть общины, патриархаты и иные субъекты.

Иногда можно встретить такой подход, что воззрения на церковное имущество являются отражением более общих теорий, связанных с соотношением в государстве светской и духовной власти⁵⁸. Такие теории сводятся к разному соотношению «священства и царства»: превосходство светской власти (цезаре-папизм); превосходство духовной власти (папо-цезаризм; теория двух мечей), сотрудничество властей (симфония властей)⁵⁹. В любом случае перечисленные теоретические построения не закреплены положениями канонического права и служат материалом для политических и научных дискуссий при обосновании той или иной позиции.

Как упомянуто выше, запретов на владение тем или иным имуществом (конечно, в пределах закона и в рамках христианской морали⁶⁰) для Церкви не существует. Более важным является объем и предназначение такого имущества. Здесь весьма показательна дискуссия, состоявшаяся во время Поместного собора Русской Православной

⁵⁶ Суворов Н.С. Указ. соч. С. 390–416; Прот. Владислав (Цыпин). Указ. соч. С. 708–712; Хлыстов М.В. Субъекты права собственности религиозных организаций Русской Православной Церкви // Нотариус. 2010. № 6.

⁵⁷ Это образно отражено в изречении Св. папы Григория Великого о себе как слуге слуг Божиих (лат. — *servus servorum Dei*), которое сегодня выступает как один из титулов римского понтифика.

⁵⁸ См.: Сергеевич В.И. Древности русского права. М., 2007. Т. 2. С. 458–581.

⁵⁹ Сотрудничество, симфония властей, без сомнения, являются высоким достижением в сравнении с иными вариантами, но не отрицают возможности отчуждения церковного имущества. Выражение симфонии — добровольная помощь государству в кризисный период. Например, добровольными были сборы в разоренных Великой смутой XVII века храмах для вновь избранного царя Михаила Романова; добровольно, в ответ на «Воззвание Патриарха Московского и всея России Тихона о помощи голодающим» летом 1921 года собирались средства для страдающих от чудовищного голода в Поволжье; воззвание Патриарха Тихона 19 (6) февраля 1922 года, в котором предлагалось собрать необходимые для голодающих средства «в объеме вещей, не имеющих богослужебного употребления»; по призыву Патриаршего местоблюстителя митрополита Сергия (Старгородского) верующими были собраны средства на постройку танковой колонны имени Дмитрия Донского; на памяти недавние примеры добровольных сборов пострадавшим от пожаров в конце лета 2010 года и от наводнения в Крымске летом 2012 года, за счет которых обеспечивались даже спасатели МЧС России.

⁶⁰ Например, взносы за поставление (назначение) в священство или епископство (симония) были осуждены на Соборе 1503 года.

Церкви 1551 года в правление царя Иоанна IV Васильевича (Грозного) (1547–1584) и получившего наименование Стоглавого собора (итоги Собора были сведены в 100 глав Соборного уложения). Стоглавый собор известен также по дискуссии, вошедшей в учебники истории правовых учений как спор «иосифлян и нестяжателей»⁶¹. Данная дискуссия состоялась после Собора и в действительности не имеет отношения к выступлениям преп. Нила Сорским и преп. Иосифа Волоцкого, но все возникающие в этой сфере внутрицерковные воззрения, действительно, сводятся к синтезу их точек зрения на приобретение и использование церковного имущества⁶².

Протоколов Собора не сохранилось; по позднейшим записям, на Соборе преп. Нил Сорский поставил вопрос, могут ли монастыри владеть вотчинами («не достоин чернец сел имети») ⁶³. Он почитал скит идеальной формой иноческого жития, считая для цели монашеской жизни более полезным обеспечивать себя своим трудом («чтобы жили чернцы в пустынем, а кормилися бы рукоделием») ⁶⁴ потому, что «излишке не подобает нам иметь» ⁶⁵. Очевидно, что не было речи об отчуждении вотчин в пользу государства, а был поставлен вопрос о том, какой образ жизни более соответствует цели монашеской жизни. Подобно преп. Нилу, преп. Иосиф (Санин) отстаивал принцип нестяжательства, отрицая у монахов личную собственность, но отстаивал собственность монастырей по двум причинам: во-первых, только немногие, да и они — не сразу, способны принять тот образ, которого требует скитское житие; во-вторых, необходимы средства, чтобы помогать страждущим⁶⁶. То есть речь опять шла о лучшем пути к спасению.

В целом указанная дискуссия соответствует выработанному на Афонской горе опыту о трех путях спасения: общежитийном, который подходит и спасителен вообще для всех иноков, отшельническом, высоком, пути и средним между ними — скитском⁶⁷. В последующих спорах вопрос об иноческой жизни, относящийся к сфере духовной, был некорректно интерпретирован в вопрос о статусе монастырских земель. Пример спора «иосифлян и нестяжателей» полезен для понимания внутренней позиции Церкви по отношению к принадлежащему ей имуществу.

Вопрос о церковном имуществе сегодня относится к числу вопросов соприкосновения «мира» и церкви и ему почти не уделяется внимания в Основах социальной концепции Русской Православной Церкви (далее — Основы), где лишь указано, что имущество религиозных организаций представляет собой *особую* форму собственности, а на пожертвование не должны распространяться нормы о налогообложении.

⁶¹ Скрынников Р.Г. Нестяжатели и иосифляне на соборе 1503 г. / Средневековое православие: от прихода до патриархата. Сборник научных статей. Волгоград, 1997. С. 127; Алексеев А.И. Иосиф Волоцкий. М., 2014; Романенко Е.В. Взгляды Нила Сорского на проблемы личной собственности монахов и корпоративной собственности монастырей / Преподобные Иосиф Волоцкий и Нил Сорский. Сборник статей. М., 2011.

⁶² Противоречия между теми, кто называл себя последователями преп. Иосифа Волоцкого и преп. Нила Сорского («иосифлянами и нестяжателями»), являются мнимыми, и вызваны скорее политическими амбициями, чем существом дела, так как точки зрения преподобных отцов органически сочетаются друг с другом, показывая два пути к единой цели христианской жизни.

⁶³ Преподобный Нил Сорский, первооснователь скитского жития в России и устав его о жительстве скитском. Изд. второе. Кириллов, 1902. С. 17.

⁶⁴ Там же.

⁶⁵ Там же. С. 6.

⁶⁶ Как известно, возглавляемый преп. Иосифом Волоцкий монастырь кормил при неурожаях всех окрестных крестьян, не оставляя порой ничего на собственное пропитание. Упоминается, что некоторые насельники скита преп. Нила первоначально проходили обучение в Волоцком монастыре.

⁶⁷ См, напр.: Успенский П. История Афона. М., 2007.

Смысл существования имущества Церкви можно уяснить из других разделов вышеуказанного документа. Например, из положений о том, что «исполняя миссию спасения рода человеческого, Церковь делает это не только через прямую проповедь, но и через благие дела, направленные на улучшение духовно-нравственного и материального состояния окружающего мира», из чего следует одно из целевых назначений имущества, которым располагает Церковь. Согласно Основам, «под собственностью следует понимать общественно признанную форму отношения людей к плодам труда и естественным ресурсам», а также то, что «Церковь помнит и о потребности в «хлебе насущном» (Мф. 6:11), полагая, что каждый человек должен иметь достаточно средств для достойного существования... и предостерегает от чрезмерного увлечения материальными благами... В позиции Православной Церкви по отношению к собственности нет ни игнорирования материальных потребностей, ни противоположной крайности, превозносящей устремление людей к достижению материальных благ как к высшей цели и ценности бытия». Наконец, по учению Церкви, люди получают все земные блага от Бога, которому и «принадлежит абсолютное право владения ими»⁶⁸.

* * *

Если резюмировать кратко, то имущество, полученное Церковью от Бога, в основном, через пожертвования, по закону христианской любви следует употребить на служение Богу и людям, что выражается в священнодействии, проповеди и благотворительности. Особым видом имущества, ограниченным в гражданском обороте, является такое, которое необходимо для совершения богослужения (священные сосуды, облачение, убранство алтаря и храма, само здание храма). В содержании нуждаются также священство, церковный клир и монашествующие.

Основной вывод: имущество христианских церквей в силу внутренних установлений Церкви имеет *общественное предназначение*⁶⁹. Это требует выделения секуляризации в отдельный вид национализации, особенности которого выводятся из анализа исторического опыта и понимания особенной роли церковного имущества⁷⁰. Процедура секуляризации должна предусматривать сохранение объема социального служения и денежные выплаты за изымаемое имущество. То есть секуляризация сопровождается бременем, возникновением расходного обязательства бюджета.

Обычно национализация сопровождается расходным обязательством в виде единовременной выплаты за изымаемое имущество, которая устанавливается законом. В случае секуляризации мы имеем дело с другой ситуацией. Изымается имущество, которое служит источником средств для содержания церковного клира, просветительской и благотворительной деятельности. Значит, выплата не может быть единовременной, необходим периодический платеж, т.е. появляется бессрочное расходное обязательство, размер которого корректируется в зависимости от стоимости соответствующих социальных услуг.

⁶⁸ См. официальную интернет-страницу Русской Православной Церкви: patriarhia.ru

⁶⁹ Первая масштабная секуляризация в России, проведенная в правление Екатерины Второй в 1764 г., привела к тому, что были закрыты многие школы и приюты, которые пришлось вновь создавать уже за счет государственного бюджета.

⁷⁰ Подтверждением данному выводу является сам факт реституции церковного имущества после принятия Федерального закона от 30 ноября 2010 г. № 327-ФЗ «О передаче религиозным организациям имущества религиозного назначения, находящегося в государственной или муниципальной собственности».



Библиография

- Алексеев А.И. Иосиф Волоцкий. М.: Молодая гвардия, 2014. 335 с.
- Болотов В.В. Собрание церковно-исторических трудов. Лекции по истории Древней Церкви. Том 4. М.: Мартис, 2002. 422 с.
- Булгаков С.Н. История экономических и социальных учений. М.: Астрель, 2007. 988 с.
- Величко А.М. История византийских императоров. Т. 2. М.: ВИФ, 2009. 447 с.
- Исаев М.А. История Российского государства и права: Учебник. М.: Статут, 2012. 838 с.
- Карташев А.В. Очерки по истории Русской церкви. М.: Терра, 1997. 685 с.
- Козырин А.Н. Приватизация и национализация / Казна и бюджет / под. ред. Д. Л. Комягина. М.: Наука, 2014. 501 с.
- Лопухин А.П. Законодательство Моисея. М.: Зерцало, 2005. 328 с.
- Порфирий (Успенский), еп. История Афона. М.: Дарь, 2007. 1087 с.
- Прот. Владислав (Цыпин). Каноническое право. М.: Издательство Сретенского монастыря, 2012. 864 с.
- Романенко Е.В. Взгляды Нила Сорского на проблемы личной собственности монахов и корпоративной собственности монастырей / Преподобные Иосиф Волоцкий и Нил Сорский / Сборник статей. М.: Иосифо-Волоцкий ставропигиальный мужской монастырь, 2011. 286 с.
- Сергеевич В.И. Древности русского права. М.: Государственная публичная историческая библиотека, 2007. Т. 2. 595 с.
- Смолич И.К. История Русской церкви. М.: Издательство Спасо-Преображенского Валаамского монастыря, 1996. 798 с.
- Суворов Н.С. Учебник церковного права. М.: Зерцало, 2004. 504 с.
- Флоренский П. Предполагаемое государственное устройство в будущем. М.: Городец, 2009. 205 с.

Property and Income of Religious Institutions: Public or Private?



Dmitry L. Komyagin

Professor, Department of Financial, Tax and Customs Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: lrjvzuby@rambler.ru



Abstract

The article considers the sources of income of religious institutes, origin and destination of Church property and the withdrawal of state ownership of church property (secularization) as a special form of nationalization. The analysis is performed on the example of the Orthodox Church, for this the sources of Canon law and the historical aspects have been studied. The author analyses the sources of acquisition of church property, makes the conclusion about the public mission of the church property. That means the seizure of church property generates budget expenditure commitments. The article describes the sources of church property, legal forms of its secularization, and also aims of church property. Acquisition of temple property is tracked from the oldest times but it could be made by law only from the moment of the Milan edict (313). The main sources of its acquisition are: donations, inheritance, purchase or creation, gifts from the state treasury. The mission of church property is defined by internal rules of Church, but it is not certain resolution in the the canonical law, despite clear understanding of due and undue use. Secularization is a historical form of nationalization, its character depends on an involvement of the state into affairs of church management. The secularization history in countries of Western Europe is connected with a problem of „killing” of church property for a civil using. In the East

(the countries of East Christian religion) such problem didn't stand owing to bilateral process of donation and withdrawal of property between the church and the state.



Keywords

church property, religious institution, secularization, law, canon law, revenues of the Church.

Citation: Komyagin D.L. (2015) *The Property and Income of Religious Institutions: Public or Private? Pravo. Zhurnal Vysshhey shkoly ekonomiki*, no 4, pp 17–33. (in Russian)



References

- Alekseev A. I. (2014) *Iosif Volotskiy* [Joseph Volotsky]. Moscow: Molodaya Guardia, 335 p. (in Russian)
- Bolotov V. V. (2002) *Sobranie tserkovno-istoricheskikh trudov. Lektsii po istorii Drevney Tserkvi* [Collection of Works on Church History. Lectures on Ancient Church]. Moscow: Martis, 422 p. (in Russian)
- Bulgakov S. N. (2007) *Istoriya ekonomicheskikh i sotsial'nykh ucheniy* [History of Economic and Social Theories]. Moscow: Astrel, 988 p. (in Russian)
- Florensky P. (2009) *Predpolagaemoe gosydarstvennoye ustroystvo* [Projected State Form] Moscow: Gorodetz, 205 p. (in Russian)
- Isayev M.A. (2012) *Istoria Rossiyskogo gosudarstva i prava* [History of Russian State and Law] Moscow: Statut, 838 p. (in Russian)
- Kartashev A. V. (1977) *Ocherki po istorii Russkoy tserkvi* [Essays on the History of Russian Church]. Moscow: Terra, 685 p. (in Russian)
- Kozyrin A.N. (2014) *Privatizatsiya i natsionalizatsiya* [Privatization and Nationalization]. *Kazna i byudzhet* [Treasury and Budget. D. L. Komyagin (ed.)]. Moscow: Nauka, 595 p. (in Russian).
- Lopukhin A. P. (2005) *Zakonodatel'stvo Moiseya* [Moses' Laws]. Moscow: Zertzalo Publishing, 328 p. (in Russian)
- Protoiereus Vladislav Tsypin (2012) *Kanonicheskoe pravo* [Canon Law]. Moscow: Sretenski monastiry, 100 p. (in Russian)
- Rev. Bishop Porphyrius (2007) *Istoriya Afona* [History of Athons]. Moscow: Dar Publishing, 1087 p. (in Russian)
- Romanenko E.V. (2011) *Vzglyady Nila Sorskogo na problemy lichnoy sobstvennosti monakhov i korporativnoy sobstvennosti monastyrey* [Views of Nil Sorsky to the Personal Property of Monks and Corporate Property of Monasteries]. *Prepodobnye Iosif Volotskiy i Nil Sorskiy* [Rev. Joseph Volotsky and Nil Sorsky. Collection] Moscow: Volotsky Monastery Publishing, 286 p. (in Russian)
- Sergeevich N.S. (2007) *Drevnosti russkogo prava* [Antiquities of Russian Law] Moscow: Public Historical Library, 595 p. (in Russian)
- Suvorov N.S. (2004) *Uchebnik tserkovnogo prava* [Canon Law. Textbook]. Moscow: Zertzalo, 504 p. (in Russian)
- Smolich I.K. (1996) *Istoriya Russkoy tserkvi* [History of Russian Church]. Valaam: Monastery Publishing, 798 p. (in Russian)
- Velichko A.M. (2009) *Istoria vizantiyskikh imperatorov* [Story of Byzantine Emperors] Moscow: VIF Publishing, 447 p. (in Russian)

Компенсация или профанация?



Е.И. Алексеевская

ведущий научный сотрудник Института проблем правового регулирования Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: e.alexeevskaya@hse.ru



Аннотация

В статье сопоставляются критерии эффективного внутреннего средства правовой защиты от волокиты при рассмотрении дела или при исполнении решения суда, используемые Европейским судом по правам человека, и правовые гарантии, установленные в Федеральном законе от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок». Автор делает вывод о сужении правовых возможностей компенсации вреда за волокиту, обращая при этом внимание на то, что ограничение правовых возможностей взыскания компенсации вреда за нарушение права на справедливое судебное разбирательство позиционируется российскими властями как особенность национального регулирования. На примере конкретного дела, относящегося к категории защиты прав потребителей, автор демонстрирует сложившуюся судебную практику применения положений названного закона. Аprobация этого закона выявляет его неэффективность и новые нарушения ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950). Причины неэффективности российского закона кроются как в его положениях, так и в процессуальных правилах рассмотрения и разрешения требований заявителей о взыскании компенсации вреда, причиненного судебной волокитой. Анализируя нормы указанного закона и судебную практику его применения, автор делает ряд выводов. Правовой институт компенсации за судебную волокиту не соответствует требованиям эффективного внутреннего средства правовой защиты от судебной волокиты, сформулированным в ст. 13 Европейской конвенции и судебных постановлениях Европейского суда по правам человека по жалобам против России. Исходя из этого, системная проблема чрезмерной длительности судебного процесса и исполнения решения суда государством не решена. Существует объективная потребность в устранении выявленных несоответствий требованиям ст. 6 и 13 Европейской конвенции, как в материальном, так и в процессуальном праве. Практика применения положений Федерального закона от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ демонстрирует, что имеются значительные трудности в непосредственном применении общепризнанных принципов и норм международного права.



Ключевые слова

компенсация, вред, моральный вред, волокита, справедливое судебное разбирательство, разумный срок, процессуальный срок, правосудие.

Библиографическое описание: Алексеевская Е.И. Компенсация или профанация? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 34–44.

JEL: K4; УДК: 342

Правовой институт компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок (далее — компенсация за судебную волокиту) был введен в гражданское законодательство после принятия пилотного постановления Европейского суда по правам человека (далее — Европейский Суд или Суд) по жалобе «Бурдов против Российской Федерации» от 15 января 2009 года (№ 2).

В данном постановлении Европейский Суд констатировал нарушения ст. 6 и 13 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция), выразившиеся в длительном неисполнении решения суда и в отсутствии эффективных внутренних средств правовой защиты от несвоевременного исполнения решений, вынесенных в пользу заявителя. Суд также указал на обязанность государства-ответчика в течение шести месяцев предусмотреть эффективное внутреннее средство правовой защиты или комбинацию таких средств, которые обеспечат адекватное и достаточное возмещение вреда в связи с неисполнением или несвоевременным исполнением решений национальных судов с учетом конвенционных принципов, сформулированных в прецедентной практике Суда. Как указал Суд, в число существенных критериев эффективного внутреннего средства правовой защиты от волокиты входят: рассмотрение иска о компенсации в разумный срок; компенсация должна быть выплачена безотлагательно и, как правило, не позднее шести месяцев с даты, в которую решение о присуждении компенсации вступило в силу; процессуальные правила, регулирующие рассмотрение и разрешение требований о взыскании компенсации, должны соответствовать принципу справедливости, гарантированной ст. 6 Конвенции; правила относительно юридических издержек не должны создавать чрезмерное бремя для сторон в случае, когда иск является обоснованным; размер компенсации не должен быть неразумным в сравнении с компенсациями, присуждаемыми Европейским Судом в аналогичных делах¹.

Право на справедливое судебное разбирательство в разумный срок гарантирует ст. 6 Конвенции. При этом она охватывает как судебный процесс рассмотрения и разрешения дела, так и исполнение вынесенного по нему решения². Несоблюдение этого требования влечет признание нарушения права на справедливое судебное разбирательство в разумный срок³.

Учитывая этот подход Европейского Суда, российский законодатель принял Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» (далее — Компенсационный закон)⁴. В пояснительной записке к законопроекту указывалось, что «предлагаемый способ защиты права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок не исключает возможности взыскания убытков, причиненных незаконными действиями суда (судьи) и иных органов, на которых лежит обязанность по исполнению судебных актов, в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации»⁵.

В юридической литературе такой подход законодателя толкуется позитивно — как наличие дополнительных возможностей помимо установленных Компенсационным законом⁶. Однако это предполагает неоднократное обращение заявителя за восстановле-

¹ Постановление ЕСПЧ от 15.01.2009 «Дело «Бурдов (Burdov) против Российской Федерации» (№ 2) (жалоба № 33509/04) // СПС КонсультантПлюс.

² Виткаукас Д., Диков Г. Защита права на справедливое судебное разбирательство в рамках Европейской конвенции о защите прав человека. Воронеж: Элист, 2014. С. 135–140; Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М.: МНИМП, 1998. С. 201–217.

³ Алексеевская Е.И. Оценка законности судебных решений. Научно-практическое пособие. М.: Юстицинформ, 2010. С. 17–18.

⁴ СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2144.

⁵ Там же.

⁶ Витрянский В.В., Суханов Е.А. Основные проблемы частного права. Сборник статей / отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010 // СПС КонсультантПлюс.

нием своего нарушенного права на справедливое судебной разбирательство в разумный срок, что явно не соответствует требованиям ст. 13 Конвенции, а также правовой позиции Европейского Суда, изложенной в названном постановлении касательно необходимости введения эффективного внутреннего средства правовой защиты, и неэффективности правовых механизмов, установленных в ст. 208 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ) и главе 59 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ).

Взыскание вреда, причиненного незаконными действиями суда (судьи) и иных органов, на которых лежит обязанность по исполнению судебных актов, в соответствии с ГК РФ (в общем порядке) предполагает, что правовой институт компенсации за судебную волокиту его дополняет. Компенсационный закон гарантирует каждому, в чьем деле было допущено нарушение права на справедливое судебной разбирательство в разумный срок, денежную компенсацию, размер которой определяется судом исходя из требований заявителя и обстоятельств дела, по которому было допущено нарушение, продолжительности нарушения и значимости его последствий для заявителя, а также с учетом принципов разумности, справедливости и практики Европейского Суда.

Сопоставление ожидаемого объема правовых гарантий жертве нарушению ст. 6 Конвенции с объемом, установленным в Компенсационном законе, позволяет сделать вывод, что он уже не совпадает, поскольку названный закон изначально предполагает неоднократное обращение заявителя за возмещением вреда по общим правилам, предусмотренным ГК РФ. Такую особенность в правовом регулировании компенсационного механизма можно было бы отнести на счет усмотрения законодателя, которое позволяет ему организовать средство правовой защиты способом, совместимым с его правовой системой⁷ и традициями и отвечающим уровню жизни в стране. Вместе с тем, чтобы оценить эффективность норм Компенсационного закона и его соответствие традициям права, следует проверить данное предположение на практике. В процессуальном законодательстве установлено правило, согласно которому при установлении судом факта нарушения права на справедливое судебное разбирательство в разумный срок, суд оценивает совокупность обстоятельств: правовая и фактическая сложность дела; поведение заявителя и других участников процесса; достаточность и эффективность действий суда или иного компетентного органа власти в целях своевременного рассмотрения дела. Для простоты и удобства восприятия возьмем в пример несложное дело с точки зрения права и фактической стороны, где минимальное количество лиц, участвующих в деле, не требующего проведение экспертиз и опроса специалистов.

Примером может служить гражданское дело Московского городского суда № 3-0252/2014 по заявлению А. о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок (далее — обращение). В обосновании своих требований заявительница указывала, что ее гражданское дело № 2-1091/2014 было рассмотрено Пресненским районным судом за 422 дня вместо 60 дней согласно ч. 1 ст. 154 ГПК РФ, а нарушение срока составило 345 дней (10 дней — несвоевременное принятие искового заявления, 204 дня — несвоевременное назначение дела к судебному разбирательству, 93 дня — отсутствие контроля за выполнением работниками суда своих служебных обязанностей, 38 дней — несвоевременное изготовление мотивированного решения суда). При этом она утверждала, что ее дело не являлось сложным ни с фактической стороны, ни с точки зрения права, поскольку Федеральный закон «О защите прав потребителей» применялся с 1992 г., и судебная практика по данной категории дел давно сформиро-

⁷ Шаламова А.Н. Противоречия и закономерности развития правовой системы // Государственная власть и местное самоуправление. 2013. № 9. С. 6–7.

валась, в том числе Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2012 г. № 15 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей». Также было минимальное количество лиц, участвующих в деле; не требовались экспертизы и опросы специалистов. Заявленный размер компенсации за нарушение ее права включал в себя инфляционные потери и выгоду, которую извлек ответчик, неосновательно сберегая ее денежные средства.

В обосновании требования о компенсации морального вреда А. указывала, что испытывала нравственные страдания и разочарования, поскольку после неоправданного промедления, имевшего место при принятии искового заявления, и без подготовки дела к судебному разбирательству в первом судебном заседании дело было направлено по подсудности в другой районный суд вопреки ее воле, предписанию п. 2 ст. 17 Федерального закона «О защите прав потребителей» и ч. 7 ст. 29 ГПК РФ. Моральный вред ей причинили отсутствие сведений о движении дела в период рассмотрения ее частной жалобы на неправосудное определение о передаче дела по подсудности, и нарушение процесса со стороны суда, выразившееся в повторном игнорировании стадии подготовки дела к судебному разбирательству, что приводило к затягиванию процесса. При рассмотрении обращения А. судья Московского городского суда сначала возвратил ее обращение в части требования о присуждении компенсации морального вреда, разъяснив право обратиться в компетентный суд с соблюдением правил подсудности, а затем отказал по существу заявленных требований.

Рассмотрим правовое обоснование принятых судьей Московского городского суда определений по обращению А. с точки зрения достижения поставленных властями России задач в контексте международных обязательств, признания общепризнанных принципов и норм международного права, российского законодательства. В первом случае отказ в рассмотрении требования о присуждении компенсации морального вреда судья обосновал тем, что оно подлежит рассмотрению районным судом согласно ст. 24 ГПК РФ, поскольку в ст. 23, 25, 26 и 27 ГПК такие требования не отнесены к компетенции областных и соответствующих судов. Представляется, что данный вывод суда является неверным, а судебная практика — ошибочной по следующим основаниям, и подтверждает обоснованные суждения о неэффективности правового регулирования механизма компенсации за волокиту⁸.

Рассмотрение требования о присуждении компенсации морального вреда этим же районным судом нарушает фундаментальный принцип независимого и беспристрастного суда, поскольку сам суд, к территориальной юрисдикции которого отнесено рассмотрение споров лиц, там проживающих, должен будет дать правовую оценку своего бездействия и разрешить вопрос о компенсации морального вреда. Исходя из того, что требование о присуждении компенсации морального вреда связано с процессуальными аспектами производства по гражданскому делу в суде первой инстанции, относящимися к его основаниям и порядку, эффективности, законности и обоснованности действий и актов суда, его подсудность отнесена к суду кассационной инстанции в целях обеспечения принципа объективности судебного процесса.

Судья, в производстве которого ранее находилось гражданское дело, обладает убеждением относительно порядка производства, эффективности, законности и обоснованности совершенных процессуальных действий и постановленных судебных актов, поэтому он априорно не является объективным в вопросах установления фактов

⁸ Борисова Е.А. Реформирование процессуального законодательства: настоящее и будущее / Судебная реформа и проблемы развития гражданского и арбитражного процессуального законодательства: Материалы международной научно-практической конференции. М.: РАП, 2012. С. 11–18.

нарушения им самим права заявителя на справедливое судебное разбирательство в разумный срок. Принцип недопустимости быть судьей в своем деле обеспечивает объективность судебного процесса. Поэтому процессуальное законодательство предусматривает механизм отвода судьи (суда), если имеются достаточные основания предполагать личную заинтересованность судьи или имеются иные обстоятельства, которые могут вызвать сомнение в его беспристрастности. Отсутствие предубеждения судьи по делу создает гарантии независимости и беспристрастности.

Отнесение вопроса разрешения требования заявителя о компенсации морального вреда, причиненного судебной волокитой, к подсудности районного суда не соответствует обозначенной Европейским Судом цели установления эффективного внутреннего средства правовой защиты в российском законодательстве в названном постановлении, а также прецедентной практике Суда⁹.

Приведенный пример свидетельствует о серьезной проблеме имплементации норм и принципов международного права в российское национальное законодательство. Имплементация предполагает трансформацию норм и принципов международного права в национальную систему нормативных правовых актов, реализацию их напрямую. При ратификации Конвенции Россия не сделала оговорку в отношении каких-либо норм гражданского и гражданско-процессуального права, нуждающихся в приведении в соответствие с требованиями Конвенции, что означало признание государством их соответствующими Конвенции. Между тем в силу п. 1 ст. 120 Конституции Российской Федерации о независимости судей и подчинении их Конституции России и федеральному закону при рассмотрении дел по заявлениям о компенсации за волокиту выясняется, что судьи не могут сделать иного вывода, поскольку ни Компенсационный закон, ни закон о введении его в действие не установили специальных правил подсудности заявлений о компенсации морального вреда жертвам нарушений ст. 6 Конвенции. Очевидно, что в случае обращения в Европейский Суд этих заявителей, ссылающихся на нарушение их права на независимый и беспристрастный суд, гарантированное ст. 6 Конвенции, существует высокая вероятность констатации новых нарушений и появления новых системных проблем в российском праве и практике.

Таким образом, судебная практика по отказу в удовлетворении требований о компенсации морального вреда ввиду их неподсудности суду кассационной инстанции не соответствует ни общепризнанным принципам и нормам международного права, ни традициям российского права, которому, как было указано выше, хорошо знаком принцип независимости и беспристрастности суда и механизм его обеспечения.

Во втором случае судья Московского городского суда, по сути, подтвердив заявленные А. периоды чрезмерной длительности судебного процесса по делу, мотивировал свой отказ тем, что «несмотря на то, что некоторые указанные выше задержки можно было бы избежать, они не являются таковыми, чтобы прийти к выводу о наличии нарушения права заявителя на судопроизводство в разумный срок, принимая во внимание общую продолжительность судебного разбирательства в 1 год 1 месяц и 28 дней», поскольку дело А. «не требовало безотлагательного отправления правосудия»¹⁰. С приведенным выводом также не представляется возможным согласиться.

Конституция Российской Федерации, провозглашая человека, его права и свободы высшей ценностью, возлагает на государство в лице его органов, в том числе правосу-

⁹ См., например: Постановление ЕСПЧ от 17.04.2012 «Дело «Илюшкин и другие против Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

¹⁰ Решение Московского городского суда от 22.10.2014 по делу № 3-0252/2014 // Архив Московского городского суда.

дия обязанность признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина. Исполнение конституционной обязанности суда обеспечить права и свободы человека и гражданина правосудием неразрывно со своевременностью ее исполнения.

Российское процессуальное законодательство, в том числе ГПК РФ устанавливает сроки совершения судом и лицами, участвующими в деле, процессуальных действий. Относительно совершения процессуальных действий судом в ГПК предусмотрены как общее время рассмотрения и разрешения дел в зависимости от категории, так и время в отношении каждой стадии процесса. При этом императивные предписания положений ГПК о совершении судом процессуальных действий в определенный период времени следует расценивать как конституционную обязанность, неукоснительное исполнение которой гарантирует своевременность судебной защиты прав, свобод и законных интересов.

Статья 154 ГПК предусматривает общие и сокращенные сроки рассмотрения дела. Последние устанавливаются ГПК и федеральными законами по отдельным категориям дел. В отношении защиты прав потребителей законодательством не предусмотрено сокращенных сроков рассмотрения дела, поэтому в силу ч. 1 ст. 154 ГПК гражданское дело А. должно было быть рассмотрено и разрешено судом до истечения двух месяцев со дня поступления искового заявления. Именно этот срок законодатель определил достаточным для рассмотрения и разрешения дела судом. Кроме того, этот срок состоит из совокупности отдельных периодов времени, в течение которых совершаются процессуальные действия судьей и лицами, участвующими в деле. В деле А. в каждой стадии процесса судом были допущены нарушения процессуального срока, что априорно означает нарушение права на справедливое судебное разбирательство.

Как указал Московский городской суд, дело заявителя А. не требовало «безотлагательного отправления правосудия», поскольку защита прав потребителей не отнесена законодателем к категории дел, подлежащих рассмотрению судом в сокращенные процессуальные сроки. Но, справедливости ради, следует отметить, что суд не успевал рассмотреть дело и в течение двух месяцев. Однако в юридической литературе имеются и диаметрально противоположные точки зрения. Так, В.Ф. Яковлев полагает, что нарушение процессуального срока «не будет автоматически считаться неразумным, хотя формально он нарушен»¹¹, когда дело рассмотрено не за три месяца, а за пять или шесть месяцев.

Высказываются суждения, что понятия «процессуальный срок» и «разумный срок» не являются идентичными, поэтому формальное нарушение процессуального срока еще не означает нарушения «разумного срока», и, следовательно, права на справедливое судебное разбирательство¹². Эта правовая позиция основывается на положении п. 2 ст. 2 Компенсационного закона, согласно которому нарушение установленных законодательством сроков рассмотрения дела или исполнения судебного акта само по себе не означает нарушения права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок.

Следует отметить, что этот основной мотив отказа суда в удовлетворении требований о компенсации вреда за волокиту возвращает нас к проблеме имплементации норм международного права в национальное законодательство и обозначает неэффективность Компенсационного закона как внутреннего средства правовой защиты от

¹¹ Яковлев В.Ф. Правовое государство: вопросы формирования. М.: Статут, 2012. 488 с. // СПС КонсультантПлюс.

¹² Белякова А.В. Причины длительного судопроизводства в арбитражных судах Российской Федерации // Вестник арбитражной практики. 2014. № 3. С. 30–35.

волокиты¹³. На этом основании выражаем солидарность с утверждением, что принятие Компенсационного закона повлекло увеличение нагрузки на судей кассационной инстанции¹⁴, формируется «отказная» судебная практика по данной категории дел¹⁵, а редкие судебные решения в пользу заявителей исполняются с чрезмерной задержкой¹⁶, выявляется несоразмерность размера взысканной судом компенсации с размером компенсации, присужденной Европейским Судом в аналогичных делах¹⁷.

Между тем даже учебная литература по гражданскому процессу предлагает уяснить аксиому, согласно которой «лицам, участвующим в деле, важен не только сам факт защиты их прав и охраняемых законом интересов, но и своевременность этой защиты»¹⁸. Именно поэтому право на справедливое судебное разбирательство включает в себя аспект своевременности судебной защиты, о чем напоминал Конституционный Суд Российской Федерации в своих судебных актах.

Употребление в Конвенции словосочетания «разумный срок» обусловлено наднациональным характером этого акта и правилами законодательной техники, а именно, применением приема абстрагирования при формулировании общего правила своевременности судебной защиты. Иначе Конвенция изобиловала бы казуистическими примерами национального регулирования процессуальных сроков рассмотрения и разрешения дел различных категорий стран-участниц, что недопустимо. М.А. Филатова в обзоре законодательства стран Европы пришла к выводу, что включение критерия разумного срока как составного элемента концепции справедливого судебного разбирательства «повлекло за собой пересмотр роли суда в управлении ходом судебного разбирательства» в странах-участницах в сторону установления оптимальных сроков совершения процессуальных действий¹⁹.

В России процессуальные сроки рассмотрения и разрешения судом дела были установлены законодателем, полагающим их оптимальными для осуществления правосудия²⁰. Об этом свидетельствует стабильность норм гражданского процессуального законодательства в части процессуальных сроков. Установление в законодательстве иного подхода привело бы к нарушению конституционного принципа равенства всех перед законом и судом, а также общего правила взаимного признания прав и добросовестного исполнения конституционных обязанностей. Их соблюдение особенно ревностно должно охраняться в тех случаях, когда одной стороной спора выступает государство в лице его органов, а также в случаях исполнения взаимных конституционных обязательств. Было бы немислимо, если бы допускался иной подход к срокам уплаты налога,

¹³ Кулакова В.Ю. Своевременное рассмотрение гражданских дел / Судебная реформа и проблемы развития гражданского и арбитражного процессуального законодательства: Материалы международной научно-практической конференции. М.: РАП, 2012. С. 331–339.

¹⁴ Белякова А.В. Указ. соч.; Павлова М.С. К вопросу о специализации судов // Мировой судья. 2013. № 1. С. 16–20.

¹⁵ Рехтина И.В. Исполнение в Российской Федерации постановлений Европейского Суда по правам человека: теоретические и практические аспекты // СПС КонсультантПлюс.

¹⁶ Доровских Л.И. Особенности исполнения судебных решений о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок // Исполнительное право. 2014. № 1. С. 8–11.

¹⁷ Сирота Е., Хорошун Ю. Компенсация за волокиту // ЭЖ-Юрист. 2012. № 41. С. 5.

¹⁸ Гражданский процесс: учебник / под ред. Коршунова Н.М. М.: Эксмо, 2005. С. 161.

¹⁹ Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / под ред. Т.Г. Морщаковой. М.: Мысль, 2012. С. 168.

²⁰ Алексеевская Е.И. Новый кодекс гражданского судопроизводства: каким ему быть? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 13–14.

например, в формулировках «уплатить налог после получения налогового уведомления в разумный срок». Но в российском законодательстве нет такого правила и вряд ли оно появится, поскольку исполнение конституционной налоговой обязанности каждым произвольно в его «разумный срок» подорвет экономическую основу государства.

Конституционная обязанность по совершению предписанных законом действий, как-то: осуществление правосудия, или уплата налога, должна исполняться обоюдно добросовестно. К слову, за нарушение налоговой обязанности своевременно уплатить налог государство предусмотрительно ввело в законодательство санкцию в виде уплаты пени в порядке и на условиях, предусмотренных Налоговым кодексом РФ. Изучая судебную практику применения положений о взыскании пени по налогам, невозможно не заметить единство судебной практики, которая складывается в пользу налоговых органов. Однако когда возникает зеркальная ситуация, государство не может установить эффективный механизм правовой защиты от волокиты. Нет адекватного правового регулирования, которое бы однозначно предписывало бы решение всех правовых вопросов, возникающих у жертвы нарушения ст. 6 Конвенции, в одном компетентном суде в определенном законом порядке.

Для разрешения этой проблемы законодателю следует решить логический парадокс, связанный с неопределенностью предиката: что является нарушением разумного срока?

Примечательно, что над решением логических парадоксов человечество бьется давно. Так, Евбулид из Милета в IV веке до нашей эры сформулировал задачу о множестве: если к одному зерну добавлять по зернышку, то в какой момент образуется куча²¹? Такая же апория есть и у Зенона («Медимн зерна») ²². Перефразируя логическую задачу множества, возникает резонный вопрос: если в ГПК РФ установлен срок совершения процессуального действия судом (судьей) для каждой стадии процесса, которое было выполнено в период, превышающий его в два, три, четыре и так далее раз, то когда возникает нарушение срока?

Из вышеизложенного можно сделать следующие выводы.

Правовой институт компенсации за судебную волокиту не является эффективным внутренним средством правовой защиты от волокиты, поскольку содержит правило, фактически сводящее на нет возможность восстановления нарушенного права на справедливое судебное разбирательство и широко применяемое в судебной практике.

По-прежнему имеется объективная потребность в принятии государством мер общего характера по устранению выявленных несоответствий требованиям ст. 6 и 13 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод в национальном законодательстве.

Практика применения положений Компенсационного закона демонстрирует, что имеются значительные трудности в непосредственном применении общепризнанных принципов и норм международного права.



Библиография

Алексеевская Е.И. Оценка законности судебных решений. Научно-практическое пособие. М.: Юстицинформ, 2010. С. 17–18.

Алексеевская Е.И. Новый кодекс гражданского судопроизводства: каким ему быть? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 4–16. Белякова А.В. Причины длительного

²¹ Солопова М.А. Евбулид // Новая философская энциклопедия. 2-е изд. М.: Мысль, 2010. Т. 1. 2816 с. // https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D0%B0%D1%80%D0%B0%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%81_%D0%BA%D1%83%D1%87%D0%B8#CITEREF.D0.9D.D0.A4.D0.AD2010 (дата обращения: 01.12.2014).

²² Хрестоматия по истории философии. Учебное пособие для вузов. В 2-х ч. Ч. 1. М.: Прометей, 1994. С. 68.

судопроизводства в арбитражных судах Российской Федерации // Вестник арбитражной практики. 2014. № 3. С. 30–35.

Борисова Е.А. Реформирование процессуального законодательства: настоящее и будущее / Судебная реформа и проблемы развития гражданского и арбитражного процессуального законодательства: Материалы международной научно-практической конференции. М.: РАП, 2012. С. 11–18.

Виткаускас Д., Диков Г. Защита права на справедливое судебное разбирательство в рамках Европейской конвенции о защите прав человека. Воронеж: Элист, 2014. С. 135–140.

Витрянский В.В., Суханов Е.А. Основные проблемы частного права. Сборник статей / отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. 575 с. // СПС КонсультантПлюс.

Гражданский процесс: учебник / Под общ. ред. Коршунова Н.М. М.: Эксмо, 2005. С. 161.

Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М.: МНИМП, 1998. С. 201–217.

Доровских Л.И. Особенности исполнения судебных решений о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок // Исполнительное право. 2014. № 1. С. 8–11.

Кулакова В.Ю. Своевременное рассмотрение гражданских дел / Судебная реформа и проблемы развития гражданского и арбитражного процессуального законодательства: Материалы международной научно-практической конференции. М.: РАП, 2012. С. 331–339.

Рехтина И.В. Исполнение в Российской Федерации постановлений Европейского Суда по правам человека: теоретические и практические аспекты // СПС КонсультантПлюс.

Сирота Е., Хорошун Ю. Компенсация за волокиту // ЭЖ-Юрист. 2012. № 41. С. 5.

Солопова М. А. Евбулид // Новая философская энциклопедия. М.: Мысль, 2010. Т. 1. 2816 с. // https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D0%B0%D1%80%D0%B0%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%81_%D0%BA%D1%83%D1%87%D0%B8#CITEREF.D0.9D.D0.A4.D0.AD2010 (дата обращения: 01.12.2014).

Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / под ред. Т.Г. Морщаковой. М.: Мысль, 2012. С. 168.

Хрестоматия по истории философии. Учебное пособие для вузов. В 2-х ч. Ч. 1. М: Прометей, 1994. С. 68.

Шаламова А.Н. Противоречия и закономерности развития правовой системы // Государственная власть и местное самоуправление. 2013. № 9. С. 6–7.

Яковлев В.Ф. Правовое государство: вопросы формирования. М.: Статут, 2012. 488 с. // СПС КонсультантПлюс.

Compensation or Profanity?



Ekaterina I. Alexeevskaya

Senior Research Fellow, Institute of Legal Regulation, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: e.alexeevskay@hse.ru.



Abstract

The author compares the criteria of internal remedy against red tape when considering a case or executing a judgement applied by the European Court of Human Rights and legal guarantees set by the Federal Law of April 30, 2010 № 68-FZ *On the Compensation for violating the right to proceedings in due time and right to executing the court ruling in reasonable time*. The author concludes on limited legal means to claim compensation for red tape and the limited range of measures to claim compensation for the violated right to a fair trial is interpreted by Russian authorities as a feature of national legal regulation. A legal case on protecting consumer rights is applied by the author to show the case practice of interpreting the provisions of the law in question. The law exposes its inefficiency and new breaches

of Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950). The reasons for its inefficiency of the Russian law are kept in its provisions and the procedural rules of studying the requirements to claim compensation for red tape during a trial. On the basis of the Law and its application, the author makes several conclusions. The legal institute of compensation for red tape does not meet the requirements of an efficient relief against red tape and Article 13 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the legal decisions of the European Court of Human Rights on the complaints against Russia. Hence, the systematic issue of lenthitude of legal trials is not solved in Russia. There is a necessity in removing the inconsistencies as to the requirements of Articles 6 and 13 of the European Convention. The case practice of the Federal Law of April 30, 2010 № 68-FZ shows challenges in applying common principles and norms of international law.



Keywords

compensation, harm, red tape, fair trial, reasonable time, justice, moral damages, reasonable time; procedure time.

Citation: Alexeevskaya E.I. (2015) Compensation or Profanation? *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 34–44 (in Russian)



References

- Alekseevskaya E.I. (2010) *Otsenka zakonnosti sudebnykh resheniy. Nauchno-prakticheskoe posobie* [Assessing the Legality of Court Decisions. Manual]. Moscow: Yustitsinform, p. 17–18.
- Alekseevskaya E.I. (2015) Novyi kodeks grazhdanskogo sudoproizvodstva: kakim emu byt'? [New Code of Civil Procedure: What it is to be Done?] *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, p. 4–16.
- Belyakova A.V. (2014) Prichiny dlitel'nogo sudoproizvodstva v arbitrazhnykh sudakh Rossiyskoy Federatsii [Reasons for Lengthy Trial in Russian Federation Arbitration Courts]. *Vestnik arbitrazhnoy praktiki*, no 3, p. 30–35.
- Borisova E.A. (2012) Reformirovanie protsessual'nogo zakonodatel'stva: nastoyashchee i budushchee [Reform of Procedural Legislation: Present and Future]. *Proceedings of International Research Conference Judicial Reform and Issues of Civil and Arbitrazh Legislations*. Moscow: RAP, p. 11–18.
- Dorovskikh L.I. (2014) Osobennosti ispolneniya sudebnykh resheniy o prisuzhdenii kompensatsii za narushenie prava na sudoproizvodstvo v razumnyy srok ili prava na ispolnenie sudebnogo akta v razumnyy srok [Special Features of Executing Court Decisions on Awarding Compensation for the Violation of Right to Court Action in Due Time or the Right to Execute a Court Act within Reasonable Time]. *Ispolnitel'noe pravo*, no 1, p. 8–11.
- Gomien D., Harris D., Zvaak L. (1998) Evropeyskaya konventsiya o pravakh cheloveka i Evropeyskaya sotsial'naya khartiya: pravo i praktika [European Convention on Human Rights and European Social Charter: Law and Practice]. Moscow: MNIMP, p. 201–217.
- (1994) Hrestomatiya po istorii filosofii [Reader on the History of Philosophy]. Ch. 1. Moscow: Prometey Publishing, p. 68.
- Korshunov N.M. (ed.) (2005) *Grazhdanskiy protsess: uchebnik* [Civil Process. Textbook]. Moscow: Eksmo, p. 161.
- Kulakova V.Yu. (2012) Svoevremennoe rassmotrenie grazhdanskikh del [Trying Civil Cases in Due Time]. *Proceedings of International Research Conference Judicial Reform and Issues of Civil and Arbitrazh Legislations*. Moscow: RAP, p. 331–339.
- Morshchakova T.G. (ed.) (2012) Standarty spravedlivogo pravosudiya (mezhdunarodnye i natsional'nye praktiki) [Standards of Fair Trial]. Moscow: Mysl', p. 168.
- Rekhtina I.V. *Ispolnenie v Rossiyskoy Federatsii postanovleniy Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka: teoreticheskie i prakticheskie aspekty* [Execution of the Decisions of the European Human Rights Court in Russia: Theory and Practice]. SPS Konsul'tantPlyus
- Sirota E., Khoroshun Yu. (2012) Kompensatsiya za volokitu [Compensation for Red Tape]. *EZh-Yurist*, no 41, p. 5.
- Shalamova A.N. (2013) Protivorechiya i zakonomernosti razvitiya pravovoy sistemy [Controversies and Consistencies in Legal System]. *Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie*, no 9, p. 6–7.

Solopova M.A. (2010) *Evbulid. Novaya filosofskaya entsiklopediya*. Moscow: Mysl', V.1, 2816 p. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D0%B0%D1%80%D0%B0%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%81_%D0%BA%D1%83%D1%87%D0%B8#CITEREF.D0.9D.D0.A4.D0.AD2010 (accessed: December 1, 2014).

Vitkauskas D., Dikov G. (2014) *Zashchita prava na spravedlivoe sudebnoe razbiratel'stvo v ramkakh Evropeyskoy konventsii o zashchite prav cheloveka. Seriya posobiy Soveta Evropy* [Protecting Rights to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights]. Voronezh: Elist, p. 135–140.

Vitryanskiy V.V., Sukhanov E.A. (eds.) (2010) *Osnovnye problemy chastnogo prava*. [The Major Issues of Private Law]. Moscow: Statut, 575 p.

Yakovlev V.F. (2012) *Pravovoe gosudarstvo: voprosy formirovaniya* [Legal State: Issues of Formation]. Moscow: Statut, 488 p.

О понимании коммуникативной теории права

3.4. Чикеева

доцент, заведующая кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Кыргызско-Российского Славянского университета, кандидат юридических наук. Адрес: 720000 Кыргызская Республика, Бишкек, ул. Киевская, 44. E-mail: aliya.m@inbox.ru

Аннотация

В статье рассмотрены особенности коммуникативной теории права, проанализированы труды ученых-юристов, рассматривающих развитие коммуникативной концепции правопонимания. Исследовано ее практическое применение в правовой системе Кыргызской Республики. Теоретико-правовой анализ научной дискуссии о коммуникативной концепции права позволяет определить ее персоналистскую и гуманитарную направленность. Особенностью коммуникативной концепции права, разработанной профессором А.В. Поляковым, является то, что она основана на интегративном подходе к правопониманию. В рамках коммуникативной теории права синтезируются социологическая и психологическая концепции правопонимания. Право рассматривается как психосоциокультурная целостность. В основе рассматриваемого подхода лежит взаимосвязь человека и его прав и обязанностей. В статье анализируются основные признаки права: наличие субъектов, обладающих взаимообусловленными (коррелятивными) правами и обязанностями; наличие социально признанных и общеобязательных правил поведения. Коммуникативная теория права ставит вопрос о целесообразности расширения сферы применения фикции от технико-юридического приема, нацеленного на преодоление консерватизма, к методологическому инструменту понимания права. Вместе с тем, необходимо изучить практическое применение данной теории в условиях глобализации и правовой конвергенции. В соответствии с коммуникативной теорией права правовая коммуникация, выражается в осмысленном взаимном поведении индивидуумов, осознающих свои правовые обязанности и субъективные права. Однако фактические отношения, связывающие двух субъектов, с их точки зрения, правами и обязанностями, таковыми не являются, если они не нормативны. Коммуникативная теория права получила в основном положительные отзывы со стороны научного сообщества. Дискуссионность отдельных положений этой теории выражается в следующем. Ученые-юристы обращают внимание на неоднозначность феноменологической редукции правового эйдоса, что может привести к субъективной трактовке научной концепции (И.Ю. Козлихин), на широкое использование различных правовых концептов, заимствованных из других наук (Ю.И. Гревцов), а также на широкое определение понятия права (Р.А. Ромашов) и т.д. В целом коммуникативная теория права носит междисциплинарный характер. Данная концепция наглядно демонстрирует развитие интегративных подходов к правопониманию в современной юриспруденции.

Ключевые слова

теория права, коммуникативная теория права, правовая система, право, правовая действительность, правовая коммуникация.

Библиографическое описание: Чикеева З.Ч. О понимании коммуникативной теории права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 45–53.

JEL: K10; УДК: 340

* Данное научное исследование (проект № 14-01-0113 «Государство, право и ислам в современной России») выполнено при поддержке Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2014/2015 гг.

Интегративная концепция правопонимания представляет собой своеобразное направление развития правовой мысли начала XXI в. Наряду с этим она не является совершенно новой моделью, а имеет лишь собственную историю развития. Сегодня есть основания считать, что наступает время новой интеграции, наука вступает в фазу пост-модерна, и отечественное правоведение может оставить здесь след. Но подобный интегральный подход должен исходить не из идеи простого синтеза конкурирующих теорий, а из единства самого права, которое позволяет объединить в целое разные аспекты его текстуального прочтения. Одной из таких версий является коммуникативная теория права¹. В рамках данной концепции право аргументируется в качестве специфичной формы коммуникации, имеющей свои особенности по сравнению с другими вариантами коммуникативного действия.

Эта особенность раскрывается в средствах и формах коммуникации, т.е. в правовых текстах и опосредующих их нормативных правах и обязанностях субъектов социального взаимодействия, т.е. в правовой коммуникации. Отсюда вытекает и ключевая проблематика коммуникативной теории права: человек и его права. А.В. Поляков подчеркивает персоналистскую и гуманитарную направленность такого подхода².

Онтологическая концепция коммуникативного права признает собственную (в феноменологическом смысле) природу права, которая не сводится ни к каким искусственным конструкциям и социокультурным закономерностям. Признается также возможность возникновения права, как в государстве, так и непосредственно в обществе, причем этот коммуникативный процесс неразрывно связан и с индивидуальной, и с общественной психикой. Право в одно и то же время представляет собой идею и факт, норму и правоотношения, императивно-атрибутивные переживания и социализированные ценности, текст и деятельность по его интерпретации и реализации. Ни одно из этих положений не представляется истинным в своей отдельности и отвлеченности, только в рамках целостного восприятия права они обретают эйдетический смысл. Несмотря на то, что право может познаваться различными способами в силу своей многогранности, однако в своем целостном виде прослеживается ясней всего в феноменологическом ракурсе, со всеми вытекающими из этого последствиями, в том числе субъектно-коммуникативными. Показать, каким образом такой взгляд на право возможен и определить основные черты данного варианта правопонимания, составляет основную задачу разработанной концепции³.

Любая правовая теория, а не только коммуникативная, должна, по мнению автора, решать три основные проблемы: 1) проблему субъекта и его сознания, интерпретирующего «жизненный мир» как мир текстуальный (проблема того, как происходит интерпретация); 2) проблему правовых текстов или источников права и правовых норм (проблема того, что интерпретируется); 3) проблему правового взаимодействия (взаимообусловленного поведения) в форме корреспондирующих прав и обязанностей (проблема перевода интерпретированного в социально-правовое действие).

Отсюда три ракурса правовой действительности: ментальный (психический), текстуальный (культурологический) и деятельный (праксиологический). Их взаимообусловленность и позволяет оценивать право как психосоциокультурную целостность, создаваемую устойчивостью правовой коммуникации. В рамках правовой структуры

¹ Поляков А.В. Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход: Курс лекций. СПб., 2003. С. 175; Тимошина Е.В. Современные проблемы правопонимания: Обсуждение монографии А.В. Полякова «Общая теория права» // Правоведение. 2002. № 4. С. 213–214.

² Поляков А.В. Указ. соч. С. 175.

³ Поляков А.В. Указ. соч. С. 177–178.

право возникает функционирующий комплекс нормативных правоотношений. Любой другой подход, полагает А.В. Поляков, игнорирует коммуникативную сущность права. Право, согласно предлагаемой автором концепции, рождается при встрече означаемого с субъектом и переводе означаемого в социальное действие, оправданное и ожидаемое другими социальными субъектами, иными словами, при возникновении правовой коммуникации. Подобная интерпретация права, с одной стороны, отличается прагматизмом и реализмом, с другой — нацеливает субъекта на самостоятельные действия ради воплощения собственных коммуникативных идеалов, в том числе правовых, являясь, одновременно, и концепцией идеалистической.

Право с точки зрения коммуникативного подхода «можно определить как основанный на социально признанных и общеобязательных нормах коммуникативный порядок отношений, участники которого взаимодействуют путем реализации своих прав и обязанностей»⁴. Автор подхода определяет основные признаки права, отражающие и его структуру: 1) наличие субъектов, обладающих взаимообусловленными (коррелятивными) правами и обязанностями; 2) наличие социально признанных и общеобязательных правил поведения. Первый признак права указывает, что оно имеет коммуникативную природу и всегда возникает только при наличии субъектов права как специфическое отношение между ними⁵.

Наряду с этим, обращает внимание А.В. Поляков, необходимо иметь в виду следующее: когда с позиций феноменологически-коммуникативного подхода утверждается, что право не может существовать вне правовых отношений, то под правом понимаются не отдельные нормы, и даже не их совокупность, а сложная система коммуникации, представляющая единый организм. Если в этом организме отсутствуют правовые отношения, значит, этот организм мертв, это уже не право. Правовая коммуникация выражается в осмысленном взаимном поведении людей, осознающих существующие запреты (правовые обязанности) и собственные полномочия (субъективные права)⁶.

Указанное положение вызывает определенные замечания. Дело в том, что отнюдь не всегда и не все (даже лица с юридическим образованием) знают и осознают существующие запреты или свои права в той или иной сфере. По большому счету, в данном случае мы имеем дело с презумпцией знания закона, которая, вполне очевидно, представляет собой классическую юридическую фикцию. Г.Ф. Шершеневич предупреждал: «Не следует обращаться к фикциям там, где в них нет необходимости»⁷. Коммуникативная теория права фатально ставит вопрос о целесообразности расширения сферы применения фикций от технико-юридического приема, нацеленного на преодоление консерватизма, к методологическому инструменту понимания права. Однако если для школы чистой теории права Г. Кельзена такой прием является оправданным и желательным в силу того, что фиктивными по своему содержанию объявляются не только субъект-объект, но и самое право, то для понимания права как ценности этот прием не допустим в принципе.

Возьмем, к примеру, международные договоры Кыргызской Республики, международные конвенции, общепризнанные нормы и принципы, которые признаются частью правовой системы Кыргызской Республики. Выходит, что они выпадают из понятия права с точки зрения коммуникативного подхода. Если исходить из этой посылки, получается, что рассматриваемая теория пригодна лишь для отдельно взятой страны, от-

⁴ Там же.

⁵ Там же. С. 278.

⁶ Там же. С. 280–281.

⁷ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 118–119.

граничивая ее от остального мира. Видится, что в условиях глобализации и правовой конвергенции эта концепция не будет обеспечивать прогресса правовой системы государства.

Второй признак права, по А.В. Полякову, выделяет качественную особенность тех норм, которые могут получить значение правовых. Общественное признание норм основывается на их социально-ценностной роли. Это является неприемлемым условием правовой коммуникации. Именно поэтому воля законодателя, если она не «вписывается» в существующую социальную систему ценностей, не может создать правовой текст, интерпретация которого инициировала бы возникновение права (нормативных правоотношений). Выражаясь иначе, такие произвольные тексты не получают легитимации и вообще не создают нормы права.

Общеобязательность правовых норм, с одной стороны, не отличается от общеобязательности других коммуникативно-нормативных систем, формулирующих правило должного. В этом значении нормы морали также общеобязательны в рамках соответствующей системы коммуникации, как и нормы права. Но, с другой стороны, если соблюдение норм нравственности предполагает самоконтроль субъекта, то соблюдение норм права связано с требованием управомоченного субъекта исполнить правовую обязанность. Неисполнение этой обязанности влечет социальное противодействие со стороны правомочных субъектов и связано с внешним как психическим, так и физическим принуждением. Принуждение в данном случае оказывается способом, при помощи которого достигаются цели правовой коммуникации, но не представляет собой ее онтологической сущности. Принуждение в праве — это средство не только обеспечения права, но и воздаяния за совершение правонарушающих действий. Другим средством достижения целей права является поощрение, награда⁸.

Общеобязательность государственно-признанных норм поддерживается и возможностью государственного принуждения по отношению к тем субъектам, которые не исполняют своих правовых обязанностей. Поэтому государственно-организованное право можно определить как основанный на социально признанных и общеобязательных нормах коммуникативный порядок отношений, участники которого взаимодействуют путем реализации своих прав и обязанностей, поддерживаемых и охраняемых государством.

Подводя итог, А.В. Поляков указывает, что «нормы становятся правовыми тогда, когда получают коммуникативный смысл и значение: тогда они объективно получают признание со стороны общества в качестве оснований для прав и обязанностей субъектов и реально их таковыми наделяют. Но нормы создаются в результате интерпретаций различных «нормативных фактов», имеющих внешне объективированную, знаковую (языковую, текстовую) форму. Поэтому существование, например, законов, которые содержат правила или невыполнимые, или никем и никогда не выполняемые, говорит о том, что в этом случае правовой нормы не возникло и право отсутствует (дефект в коммуникации). Но и фактические отношения, связывающие двух субъектов, с их точки зрения, правами и обязанностями, таковыми не являются, если они не нормативны, т.е. не вытекают из социально-признанных правовых текстов — особых эталонов, критериев «права» и «неправа». Именно социальная оправданность правовых притязаний определяет возникновение социально-психологического механизма их защиты, начиная от самозащиты и заканчивая специальным механизмом государственного принуждения»⁹. Таков в целом смысл концепции А.В. Полякова.

⁸ Поляков А.В. Указ. соч. С. 282–284.

⁹ Там же. С. 284–285.

Оценивая рассмотренную теорию, профессор Д.И. Луковская отметила, что труд А.В. Полякова представляет собой современное культурологическое исследование феномена права. На обширнейшем историко-культурном и идейно-теоретическом материале обосновывается авторская концепция коммуникативного права. Бесспорная профессиональная эрудиция автора не ослабляет впечатления от новизны и оригинальности идей, положенных в основу данного труда¹⁰. Л.А. Харитонов отметил своевременность появления концепции А.В. Полякова, предлагающей интегральное видение права, поскольку традиционные концепции правопонимания более не в состоянии дать адекватную оценку правовой реальности эпохи постмодерна. По мнению Л.А. Харитонova, особую эвристическую ценность имеет использование А.В. Поляковым достижений как философской, так и социологической феноменологии, которые способствовали созданию на их основе новой онтологии права¹¹.

Тем не менее, любая концепция не лишена недостатков и пробелов, и концепция А.В. Полякова не является исключением. Так, профессор И.Ю. Козлихин полагает, что применяемая автором феноменологическая методология исследования не может обезопасить научную концепцию от субъективизма, поскольку смысл выявляемого в процессе феноменологической редукции правового эйдоса не столь однозначен, как полагает автор. Помимо этого, по мнению И.Ю. Козлихина, не нужно было использовать феноменологическую методологию для того, чтобы увидеть правовой эйдос в очевидном для всех единстве общеобязательных норм и субъективных прав и коррелирующих им обязанностей, в совокупности образующих структуру права. Поэтому в целом авторскую концепцию можно охарактеризовать как социологический позитивизм¹².

По словам А.В. Полякова, особенностью коммуникативной концепции права является то, что она опирается на выводы, уже признанные другими науками, но распространяет их и на правоведение, представляя собой опыт построения целостного, интегрированного правового знания¹³. В связи с этим следует подчеркнуть, что здесь мы встречаемся с неким «опредмечиванием» явлений в качественно ином мыслительном материале, чем тот изначальный культурный контекст, в который они были вплетены.

Использование такого приема, в некоторых случаях, может быть вполне обоснованным, но в рамках обсуждаемой концепции это привело к тому, что, по словам профессора Ю.И. Гревцова, автор концепции интенсивно опылил «теорию права различного рода концептами, категориями и понятиями, которые разработаны за пределами собственно теории права родственными и не очень родственными научными дисциплинами». Недостаток данного метода модернизации теории права состоит, по мнению Ю.И. Гревцова, в том, что новые концепты могут «не вжиться» в строй понятий теории права¹⁴.

На это обратила внимание и Л.Б. Ескина, отметив, что главы о праве «излишне отягощены различными подходами и взглядами представителей множества общественных наук, которые излагаются почти в оригинале, усложнены узко-научной либо чисто авторской (подлинника) терминологией и требуют перевода на обиходный научный русский язык. Воспринимать такой материал можно лишь с использованием целого ряда научных словарей»¹⁵.

¹⁰ Луковская Д.И. Цит. по: Тимошина Е.В. Указ. соч. С. 214.

¹¹ Харитонов Л.А. Цит. по: Поляков А.В. Указ. соч. С. 217–219.

¹² Козлихин И.Ю. Цит. по: Там же. С. 217–219.

¹³ Поляков А.В. Цит. по: Тимошина Е.В. Указ. соч. С. 213–214.

¹⁴ Гревцов Ю.И. Цит. по: Там же. С. 215.

¹⁵ Ескина Л.Б. Цит. по: Там же. С. 216.

Не оправдана, по ее мнению, авторская замена категории «сущность права», разрабатывавшейся, в частности, в работах Л.С. Явичка, понятием «эйдос» права, ибо последний термин неоднозначно трактуется в словарях (вид, образ, явление, сущность) и читателям трудно понять смысл, вложенный автором в данное понятие. Столь же неясным значением обладает и категория «коммуникативность», которая может обозначать как феномен «связанность», так и «интегрированность». Помимо этого, при обосновании собственной правовой концепции А. В. Поляков недооценил работы ряда советских правоведов, которые разрабатывали категорию правовой системы и через комплексный структурно-функциональный, системный анализ пришли, по сути, к аналогичным результатам в описании феномена права¹⁶.

Ю.И. Гревцов не согласился с авторской трактовкой субъективного права как правомочия, реализуемого исключительно в рамках правоотношения. С его точки зрения, абсолютное, безусловное значение основных конституционных прав как раз и выражается в том, что их реализация субъектом не зависит от поведения обязанной стороны в правоотношении¹⁷. Р.А. Ромашову представляется неопределенным авторское понимание права как «основанного на социально признанных и общеобязательных нормах коммуникативного порядка отношений, участники которых имеют взаимообусловленные правомочия и обязанности»¹⁸. Под подобное определение может быть подогнана любая система социального регулирования, что делает затруднительным различение права и неправы.

Оценивая коммуникативную концепцию А.В. Полякова, можно весьма долго приводить аргументы как за, так и против нее. Вероятно, не это, а факт появления данной концепции есть важное свидетельство творческой мысли юридической науки.

Таким образом, анализ коммуникативной теории права в современной юридической науке продемонстрировал следующее.

Коммуникативная концепция правопонимания помимо прочего синтезирует социологический и психологический подходы к правопониманию.

Автор концепции акцентирует внимание на том, что она не является абсолютно универсальной, что существует определенная возможность ее дальнейшего развития. Это, с одной стороны, наглядно демонстрирует современную ситуацию постмодерна в развитии правовой системы в целом, и в правопонимании, в частности. С другой стороны, это доказательство непрекращающегося развития и совершенствования науки.

Оценивая дальнейшее развитие правопонимания как в Кыргызстане, так и за рубежом, можно с твердостью отметить, что будущее принадлежит именно интегративной модели правопонимания в силу различных факторов. Среди них: многогранность и сложность такого феномена как «право», взаимопроникновение правовых систем современности, глобализация в различных сферах жизнедеятельности участников международной коммуникации.

Возникновение сегодня новых типов правопонимания — интегративного и правопонимания постмодерна — неразрывно связано с развитием национальной правовой системы Кыргызской Республики, которая не может оставаться в стороне от происходящих в мире процессов глобализации, правовой конвергенции, унификации, гармонизации правовых систем современности.

Правовая система Кыргызской Республики впитывает опыт мирового правового развития с целью своего обновления и совершенствования. В связи с этим естественно

¹⁶ Ескина Л.Б. Цит. по: Тимошина Е.В. Указ. соч. С. 216.

¹⁷ Гревцов Ю.И. Цит. по: Там же. С. 215

¹⁸ Ромашов Р.А. Цит. по: Там же. С. 217.

принятие зарубежных идей в некоторых сферах, в частности, в области правопонимания. Но при этом должно происходить не слепое копирование, а творческая переработка иностранного опыта и построение на его основе новых уникальных идей и теорий.



Библиография

Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб.: СПб. ун-т, 1998. 216 с.

Графский В.Г. Понимание права: некоторые актуальные аспекты традиционной темы // Труды МГЮА. 2003. № 3. С.60–65.

Гурвич Г.Д. Философия и социология права. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 2004. 848 с.

Кистяковский Б.А. Социальные науки и право // Философия и социология права. СПб.: РХГИ, 1999. 800 с.

Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С. 13–21.

Мухамет-Ирекле А. Главное в правопонимании — методология // Труды МГЮА. 2003. № 10. С.65.

Поляков А.В. Коммуникативная концепция права (генезис и теоретико-правовое обоснование): дис.... д.ю.н. в виде научного доклада. СПб., 2002. 35 с.

Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб.: СПб ун-т, 2004. 864 с.

Поляков А.В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход: Курс лекций. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 845 с.

Ромашов Р.А. Реалистический позитивизм: интегративный тип современного правопонимания / Концепции современного правопонимания: Материалы «круглого стола». Санкт-Петербург, 21 декабря 2004 г. / под общ. ред. Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник. СПб.: СПб ун-т, 2004. С. 8–23.

Тимошина Е.В. Современные проблемы правопонимания // Правоведение. 2002. № 4. С. 213–223.

Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб.: Либроком, 2012. 234 с.

Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. 720с.

Яценко А.С. Опыт синтетической теории права и государства. СПб.: Алетейя, 1999. 256 с.

Яценко А.С. Синтетическая теория права в юридических науках // Журнал Министерства юстиции. 1912. № 1. С. 128.

Understanding Communicative Legal Theory



Zura Chikeeva

Associate Professor, Head, Department of Theory and History of State and Law, Kyrgyz-Russian Slavic University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 44 Kievskaya Street, Bishkek, 720000, Kyrgyz Republic. E-mail: aliya.m@inbox.ru



Abstract

The article is dedicated to the main features of the communicative theory of law. The works of legal scholars concerning with the development of the communicative concept of law have been analyzed. Its practical application in the legal system of the Kyrgyz Republic has been examined. Theoretical and legal analysis of the scientific debate about the communicative theory of law determines its personalistic and humanitarian orientation. A feature of the communicative concept of law developed by professor A.V. Polyakov, is that it is based on an integrative approach to legal thinking. As part of the communicative theory of law paper is synthesizing sociological and psychological concepts of law. The right is considered as psychological-socio-cultural integrity. Underlying this approach is the relationship of human and his rights and duties. The article analyzes the main features of the right: the presence of

entities with interdependent (correlative) rights and obligations; the presence of social recognized and generally binding rules of conduct. Communicative theory of law raises the question of the feasibility of expanding the scope of the fictions of the technical and legal administration, aimed at overcoming the conservatism of methodological tools to understand the law. At the same time, it is necessary to explore the practical application of this theory in the context of globalization and legal convergence. In accordance with the communicative theory of law legal communication, expressed in meaningful behavior of people who are aware of their legal rights and duties. However, the actual relations linking the two entities, in their view, the rights and duties are not, if they are not normative. Communicative theory of law has received mostly positive reviews within the scientific community. Disputable certain provisions of the communicative theory of law is expressed as follows. Legal scholars pay attention to the ambiguity of the phenomenological reduction of legal eidos, which can lead to subjective interpretation of the scholar concept (Kozlihin I.J.), the widespread use of different legal concepts borrowed from other sciences (Y.I. Grevtsov) and wide enough the definition of rights (Romashov R.A.), etc. In general, communicative theory of law presents an interdisciplinary approach. This concept demonstrates the development of integrative approaches to legal thinking in modern jurisprudence.



Keywords

communicative theory of law, legal system, law, legal validity, legal communication, theory.

Citation: Chikeeva Z. Ch. (2015) Understanding a Communicative Legal Theory. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 45–53 (in Russian)



References

- Alekseev N.N. (1998) *Osnovy filosofii prava* [Fundamentals of Philosophy of Law]. Saint Petersburg: Peterburgskiy yuridicheskiy institut, 216 p. (in Russian)
- Grafskiy V.G. (2003) Ponimanie prava: nekotorye aktual'nye aspekty Traditsionnoy temy [Understanding Law: Topical Issues of the Traditional Topic]. *Trudy MGYuA*, no 10.
- Gurvitch G. (2004) *Filosofiya i sotsiologiya prava: Izbr. soch.* [Philosophy and Sociology of Law. Selected Works]. Saint Petersburg: University Publishing, 848 p. (in Russian)
- Kistakovskiy B.A. (1999) Sotsial'nye nauki i pravo [Social Sciences and Law]. *Filosofiya i sotsiologiya prava* [Philosophy and Sociology of Law]. Saint Petersburg: RKHGI Publishing, 800 p. (in Russian)
- Martyshin O.V. (2003) Sovmestimy li osnovnye tipy ponimaniya prava? [Do the Major Types of Legal Consciousness Agree?] *Gosudarstvo i pravo*, no 6, p. 13–21.
- Mukhamet-Irekle A. (2003) Glavnoe v pravoponimanii — metodologiya (Methodology as the Main Feature of Legal Consciousness). *Trudy MGYuA*, no 10, p. 60–65.
- Polyakov A.V. (2003) *Obshchaya teoriya prava: Fenomenologo-kommunikativnyy podkhod: Kurs lektsiy* [General Theory of Law: Phenomenology and Communicative Approach. Lectures]. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press, 845 p. (in Russian)
- Polyakov A.V. (2002) *Kommunikativnaya kontseptsiya prava (genesis i teoretiko-pravovoe obosnovanie)*. (Diss. Doktor Jurid. Nauk.) [Communicative Concept of Law (Genesis and Legal Rationale) (Doctor of Juridical Sciences Dissertation as a Research Report)]. Saint Petersburg, 35 p.
- Polyakov A.V. (2004) *Obshchaya teoriya prava: Problemy interpretatsii v kontekste komunikativnogo podkhoda*. Saint Petersburg.: Izdatel'skiy dom Sankt-Peterburgskogo gosudarstvennogo universiteta, 864 p. (in Russian)
- Romashov R.A. (2005) Realisticheskiy pozitivizm: Integrativnyy Tip sovremennogo pravoponimaniya [Realistic Positivism: integrated type of Modern Legal Understanding]. *Kontseptsii sovremennogo pravoponimaniya*. R. A. Romashov, N. S. Nizhnik (eds.). Saint Petersburg: Librom, p. 8–23.
- Shershenevich G.F. (2001) *Kurs grazhdanskogo prava* [Course of Civil Law]. Tula: Avtograf, 720 p. (in Russian)
- Timoshina E.V. (2002) Sovremennye problemy pravoponimaniya: Obsuzhdenie monografii A.V. Polyakova «Obshchaya teoriya prava» [Modern Issues of Legal Understanding: Discussing the Monograph by A.V. Polyakov General Theory of Law]. *Pravovedenie*, no 4, p. 213–223.

Trubetskoy E.N. *Entsiklopediya prava* (2012). Saint Petersburg: Librokom, 234 p. (in Russian)

Yashchenko A. S. (1999) *Filosofiya prava Vladimira Solov'eva. Teoriya federalizma. Opyt sinteticheskoy teorii prava i gosudarstva* [Philosophy of Law of Vladimir Solovyov. Theory of Federalizm. Essay on Synthetic Theory of Law and State]. Saint Petersburg: Aleteya Publishing, 256 p.

Yashchenko A. S. (1912) Sinteticheskaya teoriya prava v yuridicheskikh naukakh [Synthetic Theory of Law in Legal Sciences]. *Zhurnal Ministerstva yustitsii*, no 1, p. 128–142.

Реализация конституционного права граждан на участие в отправлении экономического правосудия*



Л.А. Прокудина

доцент кафедры судебной власти Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000 Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: Lprokudina@hse.ru



Аннотация

В статье исследуются конституционные основы института участия граждан в управлении государственными делами и в отправлении правосудия, которые рассматриваются как основополагающие принципы взаимоотношений между демократическим государством и его гражданами. Определено, что суд не может быть отделен от общества, поскольку без взаимопонимания с обществом суды никогда не смогут быть органами социального контроля, приносящими своей деятельностью социальный эффект. Автором проводится мысль, что институты, реализующие привлечение граждан к отправлению правосудия, выступают эффективным средством борьбы с коррупционными процессами в судебной системе, утверждения действительно независимого правосудия, а также способны существенно влиять на становление гражданского общества, развитие гражданской ответственности и гражданского правосознания. В статье детально характеризуются цели и задачи использования данного института, выявляются его особенности применительно к различным видам судопроизводства. Конкретным проявлениям института участия граждан в отправлении правосудия является привлечение арбитражных заседателей в рассмотрение экономических споров. Анализ практики реализации и функционирования данного института проводится на основе судопроизводства в арбитражных судах, в частности, рассматривается сложившаяся современная практика участия арбитражных заседателей в осуществлении экономического правосудия. В статье рассматриваются изменения арбитражного процессуального законодательства и происходящие в результате этого процессы в правоприменительной практике, которые привели к явно негативным последствиям, выражающимся в резком свертывании использования данного института и, как следствие этого, к практической невозможности реализации предусмотренного Конституцией Российской Федерации права на законный состав суда по конкретному экономическому спору, включающий представителей экономической общественности. Выявляются причины этого явления на основе статистических показателей, судебно-арбитражной практики и социологического исследования. В частности, детально анализируются процедуры формирования корпуса арбитражных заседателей в суде с выявлением позитивных и негативных процессов и, соответственно, причин, им способствующих; характер влияния на этот процесс активности или пассивности российского бизнес-сообщества. С привлечением судебно-арбитражной практики анализируется процедура формирования состава арбитражного суда для рассмотрения конкретного экономического спора, включающего арбитражных заседателей, выявляются имеющиеся в настоящее время проблемы в этом вопросе и вскрываются их причины.



Ключевые слова

арбитражный процесс, экономическое правосудие, арбитражные заседатели, доверие к судебной системе, авторитет судебной власти, участие граждан в отправлении правосудия.

Библиографическое описание: Прокудина Л.А. Реализация конституционного права граждан на участие в отправлении экономического правосудия // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 54–69.

JEL: K1; УДК: 34

* Статья подготовлена с использованием системы СПС Консультант Плюс.

Определяя судебную власть как неотъемлемую составную часть государственной власти, следует логично признать наличие у нее такого свойства как легитимность, отражающего степень доверия общества, согласие на эту власть не только участников судопроизводства, но и всех граждан, общества в целом, других ветвей государственной власти. Формирование и повышение легитимности во многом зависит от самой судебной власти. К числу факторов, влияющих на ее содержательный аспект, относят: независимость и беспристрастность суда при разрешении конфликта; объективность и всесторонность установления всех обстоятельств дела, логичность и правильность выводов; справедливость решения суда; справедливость судебного разбирательства с учетом его доступности для сторон и обеспечения состязательности и разумности его сроков проведения. Таким образом, содержательный аспект легитимности судебной власти обусловлен уровнем доверия к ней, согласием подчиниться решениям судебной власти¹.

Право граждан на участие в управлении делами государства является основополагающим принципом отношений между демократическим государством и его гражданами. Участие граждан в отправлении правосудия наравне с участием народа в деятельности законодательных и исполнительных органов является неотъемлемой составляющей демократического общества. Эта идея сформировалась еще в XVIII веке и озвучена, в частности, Ш. Монтескье, который полагал, что, в случае привлечения к отправлению правосудия на определенное время выборных лиц из народа, судебная власть, столь страшная народу, не будет связана ни с известной профессией, ни с известным положением; она станет как бы несуществующей².

Конституционное право граждан на участие в отправлении правосудия понимается как предусмотренное и гарантированное государством на конституционном уровне. Это обязательная для органов публичной власти возможность гражданина Российской Федерации в установленных законом формах и порядке участвовать в осуществлении важнейшего вида государственной деятельности, направленной на рассмотрение и разрешение социальных конфликтов, связанных с действительным или предполагаемым нарушением права³.

Качественное обновление и создание системы правосудия, адекватной требованиям правового государства, на что направлены предусмотренные Федеральной целевой программой «Развитие судебной системы России на 2013–2020 годы» мероприятия, невозможно без надлежащего обеспечения конституционного правомочия граждан на непосредственное участие в управлении делами государства, в том числе в отправлении правосудия (ст. 32 Конституции России). Это традиционно и вполне обоснованно рассматривается как существенный признак демократичности государства.

Процессы нашей жизни во многом зависят от правового регулирования общественных отношений во всех сферах, в том числе в сфере гражданского участия в делах государства и в жизни общества, в защите всех конституционных интересов и ценностей. Суд не может быть отделен от общества, без взаимопонимания с обществом суды никогда не смогут быть органами социального контроля, приносящими своей деятельностью социальный эффект.

¹ См.: Воскобитова Л.А. Сущностные характеристики судебной власти. Ставрополь: Ставропольский сервис школа, 2003. С. 108–112.

² Монтескье Ш.Л. Избранные произведения. М.: Государственное издательство политической литературы, 1955. С. 292.

³ Нарутто С.В., Смирнов В.А. Присяжные и арбитражные заседатели: теория и практика: монография. М.: Проспект, 2008. С. 15.

Однако следует констатировать, что во многих случаях новейшее законодательное регулирование, являющееся основой участия гражданского общества в делах государства, наоборот, направлено на ограничение гражданской активности. Эти подходы коренным образом расходятся с основными направлениями развития России, сформулированными в указах Президента Российской Федерации от 7 мая 2012 г. № 596 «О долгосрочной государственной экономической политике» и №601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления». В них поставлены совершенно иные задачи, а именно: менять самое государство, систему деятельности всех ветвей власти, исключить из нашего общественного правосознания все рудименты советского представления о возможности организации общества с помощью репрессивных механизмов; обеспечить независимое правосудие, создавая возможности каждому судье выносить такие решения, которые были бы беспристрастными, не основывались бы ни на чьих указаниях и отвечали бы реальному положению вещей. Методы, которые должны быть использованы для достижения поставленных целей, связаны, прежде всего, с гражданским участием в правовом регулировании через публичное раскрытие информации о готовящихся законопроектах, гражданского участия в сфере правоохранительной деятельности и в сфере правосудия⁴.

Институты, реализующие привлечение граждан к отправлению правосудия, по мнению многих специалистов, выступают эффективным средством борьбы с коррупционными процессами в судебной системе, утверждения действительно независимого правосудия, а также способны существенно влиять на становление гражданского общества, развитие гражданской ответственности и гражданского правосознания.

По отношению к судебной системе единственно допустимым способом контроля является только социальный (общественный) контроль, поскольку никакие другие органы государственной власти не могут осуществлять контроль за правосудием. В связи с этим реализация ответственности судей перед обществом и социального контроля над правосудием возможны лишь в такой форме, как участие граждан в отправлении правосудия, при наличии достаточной информации о судебной практике, включающей анализ по отдельным особо значимым делам и по делам, влияющим на тенденции судебного правоприменения.

Участие граждан в отправлении правосудия является гарантией конституционного права на судебную защиту, а также одной из форм общественного контроля над деятельностью судебной власти. В России этот институт сейчас представлен участием присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве и арбитражных заседателей в арбитражных судах (Федеральный закон от 30 мая 2001 г. № 70-ФЗ «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации»; Федеральный закон от 20 августа 2004 г. № 113-ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации»)⁵. Заметим, что в силу сформировавшейся в настоящее время устойчивой законотворческой тенденции спектр дел, по которым граждане могут участвовать в отправлении правосудия, постоянно сужается. Это привело практически к ликвидации предусмотренных Конституцией России возможностей участия в рассмотрении дел в качестве полноправных судей присяжных и арбитражных

⁴ Морщакова Т.Г. Выступление на встрече с Президентом 12 ноября 2012 г. // <http://president-sovet.ru/> (дата обращения: 01.10.2015)

⁵ Институт участия народных заседателей в рассмотрении судами общей юрисдикции гражданских дел с принятием Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации 2002 года фактически ликвидирован.

заседателей. В уголовном судопроизводстве это выражается в уменьшении количества уголовных составов, в рассмотрении которых возможно участие присяжных, а также в изменении подсудности многих уголовных дел в связи с их передачей районным судам, где не предусмотрено участие присяжных. Так, из 1 млн. уголовных дел, рассматриваемых судами ежегодно, с участием присяжных заседателей рассматривается не более 500–600 дел. В арбитражных судах эта тенденция выражается в изменении процедуры привлечения арбитражных заседателей к рассмотрению экономического спора, в том числе путем введения дополнительного условия обосновать «особую сложность дела» и необходимости в связи с этим использовать специальные знания в сфере экономики, финансов, управления, а также в изменении процедуры формирования состава суда и др. (Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 228-ФЗ «О внесении изменений в АПК РФ» (далее — Закон 2010 г.)). Указанные обстоятельства повлекли обвальное свертывание этого процессуального института. Так, в 2013 году с участием арбитражных заседателей было рассмотрено всего 45 дел, а в 2014 — лишь 14, в то время, как в предыдущие годы, до реформирования данного института, например, в 2010 году, эта цифра превышала 4000⁶.

Суды в результате оказались оторваны от народа, и народ не допускается в суды. В настоящее время на государстве лежит очень важная задача: необходимо обеспечить, чтобы суд с участием граждан, на который каждый имеет право в силу Конституции РФ (ст. 32), не был уничтожен, иначе обеспечение правосудием прав лиц, обращающихся в суды за разрешением своих правовых конфликтов, по сути, оказывается невозможным. Уровень достигнутых ранее демократических гарантий не должен снижаться, о чем говорят и Конституция России, и ее международные обязательства. Институты участия граждан в отправлении правосудия очень хорошо вписываются именно в проблематику содействия развитию гражданского общества, поэтому высказываются вполне обоснованные предложения об обновлении института арбитражных заседателей с целью «вдохнуть новую жизнь», а также о расширении их компетенционных основ и введении суда присяжных по гражданским делам, например, о возмещении гражданам ущерба, причиненного деятельностью государственных органов и хозяйствующих субъектов⁷.

В зависимости от преследуемых законодателем целей возможны различные модели привлечения граждан к судебной деятельности. Эти цели условно разделяют на две большие группы.

Первая — обеспечение независимого и беспристрастного рассмотрения спора, повышение транспарентности и доверия к суду со стороны общества. Именно этим, а также необходимостью воспитания правосознания граждан и борьбы с судьейским произволом, например, объясняется необходимость привлечения присяжных заседателей к рассмотрению гражданских дел в США⁸. Достижение этой цели требует доверия сторон к кандидатуре привлекаемого заседателя. Это реализуется через использование такой модели, при которой заседатели выбираются сторонами или предлагаются органами, которым стороны доверяют.

⁶ См.: сайт Судебного департамента Российской Федерации // <http://www.cdep.ru> (дата обращения: 01.10.2015)

⁷ Ярков В.В. Конференция в МГЮА «Независимость правосудия как основа справедливости и мира» // Право ру. 30.05.2014; Морщакова Т.Г. Выступление на встрече с Президентом 1 февраля 2011 г. // <http://president-sovet.ru/> (дата обращения: 01.10.2015)

⁸ См.: Ходыкин М. Арбитражные заседатели: признак зрелости общества или чужеродный элемент в российском арбитражном процессе? // СПС КонсультантПлюс.

Вторая — привлечение к разрешению спора лиц, обладающих специальными познаниями, которых нет у судьи. В этом случае процессуальный закон обеспечивает привлечение специалистов по рассматриваемому вопросу (как, например, в английском и германском процессуальном праве). В этой модели такой специалист лишь помогает судье понять, какие нужно поставить и правильно сформулировать вопросы привлекаемому в процесс эксперту. При данном подходе такой специалист, в первую очередь, ценен своими знаниями, поэтому вопрос о доверии сторон к нему отходит на второй план⁹.

Специфика института заседателей предопределяется особенностью дел, разрешаемых данными судами. В уголовном процессе привлечение граждан к участию в отправлении правосудия обусловлено необходимостью защиты от необоснованного уголовного преследования, исходя из принятых в обществе понятий о справедливости. В гражданских же делах каждая сторона преследует собственный интерес, стремится к защите от необоснованного вмешательства в ее частные дела (как правило, в бизнес), а также к принуждению другой стороны выполнить определенные действия или бездействовать в свою пользу. В связи с этим участие арбитражных заседателей в отправлении правосудия по экономическим (гражданским) делам, с одной стороны, гарантирует уважительное отношение к закону и суду и вынесенному им решению на базе принципа коллегиальности рассмотрения арбитражных дел, повышает доверие к правосудию благодаря минимизации постороннего воздействия на независимость профессионального судьи. С другой — требуются дополнительные гарантии правильного разбирательства дела, законности и обоснованности итоговых решений, осуществления судом руководства процессом. Существенной проблемой становится реализация принципа большинства голосов при постановлении окончательных решений¹⁰.

Какие цели преследует институт арбитражных заседателей?

Мнения специалистов по этому поводу разделились. Одни авторы полагают, что арбитражный заседатель как лицо, обладающее специальными познаниями, участвует в рассмотрении дел именно в этом качестве, т.е. данный институт рассматривается как дополнительная (к эксперту и специалисту) форма привлечения в арбитражный процесс специальных знаний¹¹. Другие же признают, что целью введения этого института в процессуальный закон было повышение доверия к суду и обеспечения принципа разрешения спора независимым и беспристрастным судом¹².

Представляется, что институт арбитражных заседателей призван решать обе эти задачи.

Начало этому институту было положено в 1993 г. рекомендацией Президента России арбитражным судам о «привлечении к рассмотрению отдельных категорий дел в суде первой инстанции представителей предпринимательских кругов»¹³. Это свидетельство-

⁹ Ходыкин М. Указ. соч.

¹⁰ Ляднова Э.В. Деятельность арбитражных заседателей как способ обеспечения публичности арбитражного судопроизводства // СПС КонсультантПлюс.

¹¹ См.: Комментарий к АПК РФ (постатейный) / Под ред. В.В. Яркова. 3-е изд. М., 2011. С. 54 (автор комментария — М.Г. Митина); Ильинская Н.Г. Развитие конституционных форм участия граждан в осуществлении правосудия // Современное право. 2006. № 7 // СПС КонсультантПлюс.

¹² См., напр.: Ляднова Э.В. Указ. соч.; Новак Д., Рацевский Е. Привлечение арбитражных заседателей как безусловное право стороны в процессе // Корпоративный юрист. 2005. № 4 // СПС КонсультантПлюс.

¹³ Распоряжение Президента Российской Федерации от 21.12.1993 № 775-рп «О совершенствовании организации и деятельности арбитражных судов Российской Федерации» // Российская газета. 1993. № 239.

вало о желании руководства страны повысить доверие бизнеса к арбитражному суду и привлечь в процесс лиц, обладающих специальными познаниями в сфере экономической деятельности. Термин «специальные знания», используемый в Арбитражном процессуальном кодексе РФ (далее — АПК РФ) как по отношению к арбитражным заседателям (ст. 19), так и по отношению к экспертам (ст. 82), представляет исключительно терминологическое совпадение. Термин вполне устоявшийся, поэтому он и был использован законодателем в ст.19 АПК РФ. Тем не менее, статус эксперта в процессе совершенно иной, его функции связаны с проведением конкретных исследований и дачей заключений по поставленным судом вопросам. Это не должно пониматься как конкуренция с институтом арбитражных заседателей, под специальными знаниями которых понимается скорее профессиональная ориентированность в определенной области¹⁴.

Для определения перспективности подобного нововведения в ряде арбитражных судов в течение 3 лет проводился эксперимент с апробацией института арбитражных заседателей, которые привлекались к рассмотрению дел в случаях необходимости применения специальных знаний в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности¹⁵.

В 2001 г. институт арбитражных заседателей был распространен на всю систему арбитражных судов, а позднее нашел закрепление в АПК РФ 2002 года, что обеспечило привлечение в арбитражный процесс участников, обладающих необходимыми для разрешения дела специальными знаниями, в качестве полноправных судей, наравне с федеральным арбитражным судьей — носителем правовых знаний.

Участие в арбитражном процессе представителей экономической общественности оказалось позитивным шагом в обеспечении транспарентности судопроизводства, реализации предусмотренного ст. 32 Конституции России принципа участия граждан в отправлении правосудия, введения в арбитражный процесс новой формы использования специальных знаний, которыми обладали эти участники. Они привлекались в процесс уже не в качестве экспертов, результатом деятельности которых является их заключение как доказательство по делу, а как полноценные судьи, способные помочь судье-профессионалу разобраться в экономическом споре и вместе с ним правильно разрешить его.

На такую потребность судебной деятельности указывали еще классики российской процессуальной науки. Так, В.А. Краснокутский в начале прошлого века писал, что «во всяком торговом деле есть две стороны — фактическая, вполне понятная только специалисту-купцу и с трудом усваиваемая юристом, и юридическая, почти недоступная купцу-неюристу. И та, и другая стороны дела должны быть рассмотрены в коммерческом суде и надлежаще оценены судьями, а для этого необходимы представители знаний — во-первых, торгового быта, во-вторых, общего и торгового права. Использование эксперта ведет к замедлению процесса, поэтому единственным, целесообразным путем обеспечения в коммерческом суде быта является путь введения в его состав купеческого элемента. Однако недостаточно ограничиться простым введением купеческого элемента в суд, необходимо сверх того обеспечить его участие в решении дела наряду с элементом юридическим в полном их взаимодействии»¹⁶. В дореволюционном процессе

¹⁴ Мазанько Н.А. Институт арбитражных заседателей и последние изменения в АПК РФ // СПС КонсультантПлюс.

¹⁵ Положение об эксперименте по рассмотрению дел с привлечением арбитражных заседателей, утв. Постановлением Пленума ВАС РФ от 05.09.1996 № 10 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁶ Краснокутский В.А. Русский торговый процесс. М., 1915. Цит. по: Гражданский процесс. Хрестоматия / под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец, 2005. С. 785.

такие представители купеческого элемента в торговом процессе назывались товарищами председателя.

Коммерческие суды в дореволюционной России отличались от остальных смешанным составом судей, а также тем, что часть их судей назначалась правительством, а остальная выбиралась непосредственно купечеством из его среды. Последние избирались купеческими обществами из местных и иногородних купцов первой гильдии (т.е. из наиболее уважаемой группы купечества), а при недостатке купцов первой гильдии — из купцов второй гильдии (но не более половины членов), в столицах на три года, а в Одессе — на два года; избирались также кандидаты для замещения их в случае болезни или отлучки¹⁷. Способность такого состава суда вынести законное и справедливое решение во многом, естественно, зависела от его качественного состава, поэтому признавалось важным сформировать судебный состав из людей компетентных, способных адекватно воспринимать имеющуюся в деле доказательственную информацию, представленную в ходе судебного разбирательства. Как писал И.Я. Фойницкий, хотя и применительно к уголовному процессу, однако это имеет прямое отношение и к рассмотрению частноправовых споров, всякая повинность предполагает подбор людей, могущих нести ее. Для столь важной повинности, как судебная, он должен быть сделан с наибольшей осторожностью¹⁸.

В экономических спорах судье — профессиональному юристу — весьма полезно при рассмотрении дел иметь рядом коллег экономистов, банкиров, специалистов в области землепользования, страхового дела и т.д. Это позволяет им всем учитывая складывающуюся практику, влиять своими решениями на ее формирование и дальнейшее развитие, т.е. создавать бизнес-сообществу возможность достойно участвовать в судебном правоприменении, делать судебную деятельность более прозрачной и понятной для предпринимательской общественности. Все эти моменты в итоге способствуют как принятию справедливого и правильного решения по делу, так и формированию доверия и уважения к судебной деятельности, чего так не хватает нашей судебной системе.

Количество дел, рассмотренных с участием арбитражных заседателей, с 2002 г. постоянно росло и к 2010 г. составило более 4000 дел. При динамичном развитии этого института стороны арбитражного процесса начали понимать преимущества рассмотрения трудных с точки зрения характера коммерческой деятельности дел с участием профессионалов-предпринимателей, способных помочь судье разобраться в специфике этой деятельности. Примером этого может служить дело по иску Федеральной налоговой службы к компании «Прайс вотерс хаус Купер Аудит», занимавшейся аудитом ОАО «НК «Юкос», в котором представители аудиторской компании настояли на участии в его рассмотрении арбитражных заседателей. Мотивами подобного ходатайства послужило то обстоятельство, что процесс сложен с технической точки зрения, одним из принципиальных моментов разногласий с истцом (Федеральной налоговой службой) являлось понимание роли и функций аудиторов, поэтому участие в вынесении решения специалистов, знакомых с работой аудиторских компаний, поможет принятию справедливого и законного решения¹⁹.

По другому делу по иску Росимущества к ОАО «Апатит», в котором также принимали участие арбитражные заседатели, Арбитражным судом Москвы 3 ноября 2006 г.

¹⁷ Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 2003. С. 431.

¹⁸ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб.: Альфа, 1996. Т. 1. С. 378.

¹⁹ См.: Нарутто С.В., Смирнова В.А. Указ. соч. С. 169.

было отказано в иске государству, причем это решение было принято вопреки голосу председательствующего арбитражного судьи арбитражными заседателями, являвшимися представителями бизнес-сообщества²⁰. Эксперты оценили его как проявление независимости суда и прогнозировали, что интерес бизнеса к арбитражным заседателям, особенно при рассмотрении споров с государством, заметно возрастет.

Руководством ВАС РФ также признавало позитивной практику участия арбитражных заседателей особенно при рассмотрении споров между государством и частными лицами, даже в случае вынесения решения, противоположного мнению профессионального судьи — председательствующего в процессе, что имело место на практике²¹.

Однако законодательство не стоит на месте, а правоприменительная практика, как всегда, вносит коррективы.

Первоначально законом предусматривалось, что арбитражные заседатели могли привлекаться по любому спору, вытекающему из гражданских и иных правоотношений, т.е. правоотношений, характеризующихся равенством субъектов, и какие-либо ограничения, кроме характера самого спора и волеизъявлений сторон, в законе отсутствовали. Теперь, после изменений 2010 г., заседатели могут быть привлечены к рассмотрению дел в арбитражных судах первой инстанции по ходатайству стороны лишь в связи с особой сложностью дела и (или) необходимостью использования специальных знаний в сфере экономики, финансов, управления. Заметим, что в новой редакции АПК РФ критериев определения «дела особой сложности» не содержится, поэтому при разрешении вопроса о необходимости привлечения арбитражных заседателей и отнесении дела к категории «особой сложности» значительная роль отводится субъективному мнению судьи. Понимая, что арбитражные судьи часто воспринимают этот институт как неоправданно усложняющий организацию процесса, особенно когда невозможно рассмотреть дело в рамках одного судебного заседания, то можно ожидать, что и их оценки «особой сложности дела» будут основываться на этом. Это обстоятельство во многом также предопределяет свертывание использования института арбитражных заседателей в настоящее время.

Другая причина этого процесса заключается в следующем.

Первоначально предполагалось, что в число арбитражных заседателей будут входить не профессиональные юристы, а только эксперты в определенной области предпринимательской деятельности²². Впоследствии от этой идеи отказались, что привело к неудачно сложившейся практике формирования их корпуса. Так, через несколько лет после введения этого института половина кандидатур арбитражных заседателей была юристами, и только у трети арбитражных заседателей имелся опыт работы в сфере экономической и финансовой деятельности, и у стольких же — опыт работы на руководящих должностях, а количество работающих в сфере предпринимательской деятельности было незначительным²³. Позднее эта картина не претерпела изменений. Подобная ситуация существенно снижает позитивную реализацию поставленных перед этим институтом задач, поскольку арбитражные судьи так и не имеют возможности восполнить дефицит необходимых для разрешения дела знаний в области предприниматель-

²⁰ Там же.

²¹ Интернет-конференция Председателя ВАС РФ 20.04.2007 // Официальный сайт ВАС РФ // <http://www.arbitr.ru> (дата обращения: 01.10.2015)

²² Клеандров М.И. Статус арбитражных, народных, присяжных заседателей. М., 2000. С. 19.

²³ См.: Каширин А. Заседатель в процессе // ЭЖ-Юрист. 2003. № 36. С. 1, 6.

ской деятельности. Использование юридических знаний арбитражных заседателей безусловно имеет положительный аспект, однако не является столь актуальным.

Проявляется также серьезная нехватка квалифицированных арбитражных заседателей. Если изначально в списки арбитражных заседателей были включены видные ученые и практики, имеющие богатейший опыт в той или иной отрасли, в том числе и в качестве третейских судей (арбитров), то со временем многие из них под разными предложениями предпочли отказаться от выполнения этой функции. Сегодня в списках арбитражных заседателей остались в большинстве своем юристы и экономисты предприятий среднего и малого звена, не имеющие ученых степеней и званий, а, главное, должного опыта рассмотрения сложных предпринимательских споров²⁴.

Существенным негативным фактором, тормозящим реализацию данного института, стало отсутствие активности бизнеса в процессе формирования корпуса арбитражных заседателей и предложения кандидатур опытных представителей бизнеса, деловой общественности для выполнения этой деятельности. По закону ими могут быть лица, достигшие 25 лет, имеющие высшее профессиональное образование и обладающие опытом работы в сфере предпринимательской или иной экономической деятельности не менее пяти лет (ст. 2 Федерального закона «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации»). Списки таких участников формируются по предложениям деловых кругов, например, торгово-промышленных палат субъектов федерации, объединений и ассоциаций предпринимателей региона, и утверждаются Президиумом Верховного Суда Российской Федерации для каждого арбитражного суда субъекта федерации.

В соответствии с законом количество арбитражных заседателей должно вдвое превышать количество федеральных судей данного суда, чтобы отсутствовали сложности в формировании соответствующего состава суда для каждого конкретного дела (ст. 3 Федерального закона «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации»). Однако ни в одном арбитражном суде это требование закона не выполнено. Так, в Арбитражном суде Москвы при наличии более 170 федеральных арбитражных судей числилось несколько более 30 арбитражных заседателей, в то время как по штату их численность должна была превышать 300 человек. Это приводит к совершенно ненормальной ситуации, когда арбитражные заседатели участвуют в рассмотрении от 5 до 10 дел в день. Такая нагрузка, порой сопоставимая с нагрузкой самих судей, заставляет даже работающих сейчас заседателей слагать полномочия²⁵. Без инициативы бизнес-сообщества изменить порочность ситуации невозможно, поскольку иначе как по его инициативе достойные кандидатуры специалистов-профессионалов не могут пополнить корпус арбитражных заседателей.

Представляется, что бизнес-сообщество не осознает возможностей данного института. Он как раз позволяет отстаивать интересы предпринимателей именно путем привлечения осведомленных в этих вопросах специалистов, которые возможно лучше арбитражного судьи разбираются в тонкостях деятельности, из которой возник спор. Кроме этого, они также осведомлены о существующих проблемах, в том числе правового характера, и имеют возможность повлиять на преодоление этих проблем путем правоприменения по делу. Как показывает судебная практика, они способны принимать решение даже вопреки позиции председательствующего в процессе федерального

²⁴ Ходыкин М. Указ. соч.

²⁵ См.: выступление председателя Арбитражного суда Москвы Свириденко О.М. // http://www.arbitr.ru/_upimg/584EAA77381135406C6973C775DB05E4_общая.pdf. (дата обращения: 01.10.2015)

арбитражного судьи и активно влиять на формирование эффективной защиты экономических интересов. Это чрезвычайно важно в условиях отсутствия действенных гарантий независимости судей и существования чисто административных методов руководства всей судебной системой, требующих от судов обязательного следования указаниям сверху. Такие административные методы не только формируют подобную судебную практику путем разъяснений по отдельным правовым вопросам, но и подчас определяют решения по конкретным делам. Против подобных указаний, действующих в судебной системе, у судьи, рассматривающего дело, нет способов защиты, он не может спорить с такого рода указаниями.

В настоящее время в судебной системе сформировалось и прочно вошло в обиход «деловое обыкновение», — еще до рассмотрения дела судья согласовывает свою возможную позицию по рассматриваемому делу с вышестоящими судебными инстанциями. Такая практика еще более усиливается возвратом к старому советскому институту зональных судей, когда судьи вышестоящих судов закрепляются за нижестоящими судами с целью консультирования по разрешению дел именно в русле существующей практики²⁶. Институт участия граждан или граждан-специалистов, как это имеет место в арбитражном процессе, в судопроизводстве во многом позволяет блокировать подобную негативную практику лишения судей подлинной независимости в принятии ими справедливых решений, основанных только на законе и внутреннем убеждении, что способствует защите самого судьи от разного рода негативных реакций на характер выносимых им решений.

Подобный действенный механизм влияния деловой общественности на формирование справедливого экономического правосудия способен повышать авторитет самой судебной власти и позитивно влиять на формирование благоприятного инвестиционного климата в России. Это в свою очередь может создать условия для повышения конкурентоспособности российской судебной системы в международном сообществе (о чем так много говорится). Однако этот фактор остается невостребованным и нереализованным. Проведенное Левада-центром социологическое исследование в рамках проекта «Поддержка судебной реформы» подтвердило, что о праве привлечения к процессу арбитражных заседателей знает менее половины опрошенных предприятий (45%). В частности, о подобной практике информированы 70% крупных предприятий, 51% средних предприятий и менее 30% малых и микро-предприятий, причем в основном об этом знают сотрудники юридических служб предприятий (76%) и лишь 31% их руководителей. Опыт привлечения арбитражных заседателей имели лишь 5% предприятий, которые были участниками судебных разбирательств в течение последних 10 лет²⁷.

Формирование нынешнего корпуса арбитражных заседателей также не свидетельствует о желании или возможности сделать основной акцент на их узкопрофессиональной квалификации. При изучении списков арбитражных заседателей становится понятно, что их специализация условна, так как большинство фамилий указано практически в каждой специализации. Вряд ли один человек может обладать столь энциклопедическими познаниями в пяти и более областях предпринимательской деятельности. В связи с этим предусмотренная в действующем АПК РФ случайная выборка заседателей, ориентированная именно на их специализацию, становится практически невозможной. Затрудняет ее и возникшее в АПК РФ после проведенных в 2010 г. изменений инсти-

²⁶ Морщакова Т.Г. Указ. соч.

²⁷ См.: <http://www.levada.ru> (дата обращения: 01.10.2015)

туда арбитражных заседателей отсутствие доступа к информации о специализации арбитражных заседателей. Так, на сайтах арбитражных судов сейчас нет информации о специализации арбитражного заседателя, его образовании и месте работы, которая в течение длительного времени имела. Это обстоятельство было объяснено тем, что на арбитражных заседателей распространяются нормы о статусе судей, согласно которым информация о них является закрытой. В ходе эксперимента по привлечению арбитражных заседателей к рассмотрению экономических споров предусматривалась обязанность председателя арбитражного суда обеспечить возможность ознакомления сторон со списком арбитражных заседателей, при этом список должен был содержать необходимые данные об арбитражных заседателях, в том числе о месте работы, профессии, образовании и т.д. Однако сегодня стороны лишены возможности даже узнать, обладает ли назначенный по их делу арбитражный заседатель специальными знаниями по предмету спора,

Вместе с тем в соответствии с АПК РФ в ред. 2002 г. каждая сторона после заявления ходатайства о привлечении к процессу арбитражных заседателей имела возможность выбрать из имеющегося в арбитражном суде списка кандидатуру, представляющуюся ей наиболее осведомленной и квалифицированной по специфическим проблемам ее спора. Лишь при отсутствии заявления о выбранной кандидатуре в установленный законом срок арбитражный суд самостоятельно определял таковую. Подобная процедура формирования состава арбитражного суда по делу обладала элементами третейского разбирательства, где стороны самостоятельно выбирают себе судью (или судей). Таким образом в рамках судопроизводства в арбитражных судах обеспечивалось достижение существенного для третейской процедуры элемента — доверия к суду.

Первоначально именно сочетание доверительности к личности судьи и его квалификации, реализуемое через собственный выбор, являлось существенным преимуществом подобного способа формирования законного состава суда для конкретного дела. Для обеспечения объективности и беспристрастности арбитражных заседателей эффективно работал институт их отвода или самоотвода. Заметим, что при определении федерального арбитражного судьи для рассмотрения дела подобной «доверительности» не было ранее и не устанавливается сейчас. Здесь сейчас как раз используется случайная выборка с использованием автоматизированной информационной системы. Сторона может не «симпатизировать» судье, сомневаться в его компетентности применительно к делу, однако эти моменты, не являясь основанием для отвода, не приведут к изменению состава суда. Стороне остается только, «запятав свои сомнения», под руководством этого судьи участвовать в рассмотрении ее дела. В связи с этим и был очень привлекателен и важен принципиально иной подход к подбору арбитражных заседателей.

Однако в 2010 г. этот порядок был изменен, и теперь кандидатуры арбитражных заседателей отбираются из списка арбитражных заседателей с учетом их специализации путем случайной выборки также с использованием автоматизированной информационной системы. С учетом вышеизложенных проблем этот процесс является весьма условным и не обеспечивающим ни доверия к кандидатуре арбитражного заседателя, ни уверенности в его надлежащей квалификации.

Другим негативным фактором, повлекшим изменение института арбитражных заседателей, стали учатившиеся злоупотребления правом, когда привлечение арбитражных заседателей к разбирательству по делу стало приобретать массовый характер, причем нередко с целью затягивания судебного процесса. В интервью арбитражные судьи признавались, что привлечение арбитражных заседателей к рассмотрению дела весьма

усложняет организацию процесса. Связано это с тем, что согласовывать дату и время судебного заседания приходится не только с участвующими в деле лицами, но и с довольно занятыми по основной работе арбитражными заседателями. Особые сложности возникают, когда завершить рассмотрение дела в одном судебном заседании не удается.

Если в апелляционной, кассационной и надзорной инстанциях коллегиальное рассмотрение дел, как правило, не может быть сорвано отсутствием федеральных судей, то при рассмотрении дел с участием арбитражных заседателей это происходит довольно часто. Данное обстоятельство приводит к искусственному затягиванию процесса. Недобросовестное лицо, зная подобные проблемы, может умышленно заявить ходатайство о рассмотрении дела с участием арбитражных заседателей, несмотря на бесспорность дела или его крайне незначительный характер²⁸. Таким образом, недобросовестные стороны подчас используют право на рассмотрение дела с участием арбитражных заседателей как инструмент затягивания процесса.

Одним из способов реагирования на подобные неправомерные действия стороны стало наложение на нее обязанности выплаты компенсации, как это сделал ФАС Московского округа, взыскав 10 тыс. руб. компенсации в пользу другой стороны в связи с тем, что процесс затянулся на восемь месяцев из-за неоднократной неявки арбитражных заседателей²⁹.

Ранее при неявке арбитражных заседателей законодательство исключало возможность при удовлетворении ходатайства о рассмотрении дела с участием арбитражных заседателей и сформированном коллегиальном составе суда рассмотрение дела судьей единолично. Так, ФАС Московского округа, признав, что дело рассмотрено арбитражным судом в незаконном составе, отменил решение и направил дело на новое рассмотрение, установив, что после привлечения арбитражных заседателей А. и Н. стороны заявили ходатайство о рассмотрении дела в единоличном составе, которое было удовлетворено судом. Кассационная инстанция, направляя дело на новое рассмотрение, указала, что суд нарушил принцип неизменности состава суда, предусмотренный ч. 2 ст. 18 АПК РФ, поскольку, приступив к рассмотрению дела коллегиальным составом, закончил судебное разбирательство единолично³⁰.

В настоящее время с целью уменьшения возможности злоупотреблений сторон при рассмотрении дела с участием арбитражных заседателей перечень случаев, когда при наличии удовлетворенного ходатайства о рассмотрении дела с участием арбитражных заседателей судья вправе единолично рассмотреть дело, значительно расширен новой редакцией ч. 4 ст. 19 АПК РФ. К таким случаям отнесены:

- невозможность сформировать состав суда для рассмотрения дела с участием арбитражных заседателей после отвода одного или нескольких арбитражных заседателей;
- неявка в судебное заседание одного или двух арбитражных заседателей, если стороны или их представители присутствуют в данном судебном заседании и не возражают против рассмотрения дела судьей единолично;
- наличие ходатайства одной из сторон о рассмотрении дела судьей единолично, если после перерыва или отложения судебного разбирательства в связи с неявкой од-

²⁸ Добровольский В.И. Актуальные вопросы арбитражного процессуального законодательства: о чем молчит Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. М., 2009 // СПС Консультант-Плюс.

²⁹ Цит. по: Мазанько Н.А. Указ.соч.

³⁰ Постановление ФАС Московского округа от 30.06.2010 № КГ-А40/6599-09. области // СПС КонсультантПлюс.

ного или двух арбитражных заседателей новое судебное заседание невозможно по этим же основаниям.

При этом судебная практика по измененному законодательству складывается таким образом, что неявка стороны в судебное заседание при надлежащем ее извещении и отсутствии возражений этой стороны против рассмотрения дела судьей единолично расценивается судами как основание для единоличного рассмотрения дела судьей, предусмотренного ч.4 ст. 19 АПК РФ³¹.

В качестве примера можно привести дело по иску Societe Anonyme ORCHESTRA KAZIBAO к ОАО «Балтинвестбанк» дело № А56-22483/2008³². К рассмотрению данного дела определением от 07.11.2008 г. по инициативе сторон были привлечены арбитражные заседатели. По ходу рассмотрения дела их кандидатуры неоднократно менялись (из-за отвода, приостановления полномочий, длительной командировки разных заседателей), что затянуло процесс на полгода. После определения окончательного состава суда один из арбитражных заседателей не явился в суд, будучи уведомленным и не заявив об уважительности причин неявки, что повлекло обращение представителя ответчика к председателю арбитражного суда с ходатайством об ускорении рассмотрения дела. Ходатайство было удовлетворено, после очередной неявки арбитражного заседателя суд перешел к единоличному рассмотрению дела (08.02.2011 г.) и 04.04.2011 г. вынес решение. Заметим, что на определение о переходе к единоличному рассмотрению дела ответчиком приносилась апелляционная жалоба, в которой им было указано на неправомерное единоличное рассмотрение дела, что, по его мнению, явилось нарушением норм процессуального права, влекущим безусловную отмену судебного акта. Однако апелляционный суд возвратил жалобу по мотиву недопустимости обжалования подобного определения как не препятствующего рассмотрению дела. Эта позиция была поддержана арбитражным судом Северо-Западного округа, т.е. кассационной инстанцией.

Вместе с тем неявка арбитражного заседателя без уважительной причины в судебное заседание, повлекшая срыв судебного заседания и нарушение сроков рассмотрения дела, препятствует выполнению задачи по справедливому публичному судебному разбирательству в разумный срок. Названный поступок умаляет авторитет судебной власти и является основанием для прекращения полномочий арбитражного заседателя (п. 5 ч. 2 ст. 5 Федерального закона «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации»), что естественно влечет удаление его из конкретного процесса. Для рассмотрения же спора по существу председательствующий по делу должен вынести определение о замене данного арбитражного заседателя. Только если вследствие указанных обстоятельств невозможно сформировать состав суда для рассмотрения дела с участием арбитражных заседателей, дело рассматривается судьей единолично³³. Таким образом, при недоказанности указанных обстоятельств арбитражный судья все-таки не вправе переходить к единоличному рассмотрению дела.

По другому делу Арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области, утвердив кандидатуры арбитражных заседателей Т. и С., просил стороны высказаться о возможности рассмотрения спора судьей единолично в случае неявки арбитраж-

³¹ Кожухарова Н.И. Особенности рассмотрения дел с участием арбитражных заседателей РФ // СПС КонсультантПлюс.

³² Сайт Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области // <http://www.Spb.arbitr.ru> (дата обращения: 01.10.2015)

³³ См.: п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 10 ноября 2011 г. № 70 «О некоторых вопросах, связанных с участием арбитражных заседателей в осуществлении правосудия» // СПС КонсультантПлюс.

ных заседателей в судебное заседание, назначенное на 01.12.2010 г. Истец письмом от 30.11.2010 г. согласился на рассмотрение дела судьей единолично. Ответчик телеграммой от 01.12.2010 г. лишь информировал суд о направлении встречного иска, никак не высказавшись о возможности единоличного рассмотрения дела. Стороны и арбитражные заседатели в судебное заседание 01.12.2010 г. не явились. Суд сделал вывод, что истец заявил ходатайство о единоличном рассмотрении дела, а ответчик не возражал против этого. С правомочностью принятия дела к рассмотрению судьей единолично согласилась и кассационная инстанция³⁴.

Проведенные изменения процессуального закона предоставили судам возможность самостоятельно определять необходимость привлечения арбитражных заседателей как при наличии своевременно заявленного ходатайства сторон, так и по собственной инициативе. Так, ФАС Московского округа отклонил довод кассационной жалобы о необоснованном отказе в удовлетворении ходатайства о рассмотрении дела с участием арбитражных заседателей, поскольку ответчик надлежаще не обосновал необходимость рассмотрения данного дела с участием арбитражных заседателей. Кассационная инстанция согласилась с выводом суда первой инстанции, что дело не является сложным и привлечение арбитражных заседателей к его рассмотрению нецелесообразно³⁵.

Подобное положение дел с реализацией данного института приводит некоторых специалистов к весьма пессимистичным выводам. «Современное регулирование статуса заседателей таково, что лучше вообще не иметь института арбитражных заседателей в АПК РФ, чем иметь его в виде, в котором он существует сейчас. Об этом свидетельствует и судебная практика: в 2011 г. более чем в три раза сократилось число дел, рассмотренных с участием арбитражных заседателей. Хотя ВАС объясняет это победой над злоупотреблениями путем внесения последних изменений в ст. 19 АПК РФ, представляется, что за таким масштабным сокращением числа дел скрывается еще и утрата доверия сторон к институту арбитражных заседателей»³⁶.

В заключение следует отметить, что правовое государство характеризуется в том числе самостоятельной и независимой судебной системой, обеспечивающей защиту интересов государства, прав и интересов граждан и юридических лиц. Добиваться этой цели России приходилось, и, наверно, еще придется долгое время, причем этот процесс не является однозначно поступательным. В Федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России на 2013–2020 годы» и аналогичных программах развития судебной системы на 2002–2006 и 2007–2012 годы этим вопросам уделено серьезное внимание, сформулированы задачи и определены мероприятия по их достижению. Однако и в настоящее время их актуальность несколько не снижается. Следует констатировать, что траектория развития социальных институтов больше похожа не на восходящую прямую линию, а на синусоиду: за этапом определенных позитивных достижений, т.е. подъема «вверх», часто следует «контрэтап» значительного падения «вниз», а именно, снижение достигнутого уровня, подчас намного ниже первоначальных стартовых позиций. Шаг вперед, два шага назад — такова наша действительность.

³⁴ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 04.08.2011 по делу № А56-50845/2010 // <http://www.fasszo.arbitr.ru> (дата обращения: 01.10.2015)

³⁵ Постановление ФАС Московского округа от 03.08.2011 № КГ-А40/5788-11 // <http://www.fasmo.arbitr.ru> (дата обращения: 01.10.2015)

³⁶ Смола А.А. Арбитражные заседатели: ветер перемен // Газета ЭЖ-Юрист // СПС Консультант-Плюс.



Библиография

- Судебная власть / под ред. Петрухина И.Л. М.: Проспект, 2003. 703 с.
- Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М.: Зерцало. 2003. 530 с.
- Воскобитова Л.А. Сущностные характеристики судебной власти. Ставрополь: Ставрополь сервис школа, 2003. 160 с.
- Нарутто С.В., Смирнов В.А. Присяжные и арбитражные заседатели: теория и практика. М.: Проспект, 2008. 208 с.
- Ходыкин М. Арбитражные заседатели: признак зрелости общества или чужеродный элемент в российском арбитражном процессе? // СПС КонсультантПлюс.
- Ляднова Э.В. Деятельность арбитражных заседателей как способ обеспечения публичности арбитражного судопроизводства // СПС КонсультантПлюс.
- Новак Д., Ращевский Е. Привлечение арбитражных заседателей как безусловное право стороны в процессе // Корпоративный юрист. 2005. № 4 // СПС КонсультантПлюс.
- Клеандров М.И. Статус арбитражных, народных, присяжных заседателей. М.: Институт государства и права РАН, 2000. 106 с.
- Клеандров М.И. Экономическое правосудие в России: прошлое, настоящее, будущее. М.: Волтерс Клувер, 2006. 600 с.
- Краснокутский В.А. Русский торговый процесс. М., 1915. Цит. по: Гражданский процесс. Хрестоматия / под ред. М.К. Треушниковой, М.: Городец, 2005. 986 с.
- Добровольский В.И. Актуальные вопросы арбитражного процессуального законодательства: о чем молчит Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. М., 2009 // СПС КонсультантПлюс.
- Кожухарова Н.И. Особенности рассмотрения дел с участием арбитражных заседателей РФ // СПС КонсультантПлюс.
- Правосудие в современном мире /отв. ред. Лебедев В.М. М.: Норма, 2012. 704 с.
- Смола А.А. Арбитражные заседатели: ветер перемен // Газета ЭЖ-Юрист // СПС КонсультантПлюс.
- Судебная власть / под ред. Петрухина И.Л. М.: Проспект. 2003. 703 с.
- Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб.: Альфа, 1996. 552 с.

Realizing Constitutional Citizens Right for Participation in Economic Justice



Lubov A. Prokudina

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



Abstract

The paper studies constitutional grounds for the involvement of citizens in state affairs and administering justice considered as the fundamental principles of relations between a democratic state and its citizens, with an emphasis that court cannot be separated from society as courts will not become efficient bodies of social control without response from society. The author develops the idea that the institutes involving citizens to administering justice are an efficient tool to fight corruption in judicial system, to promote a truly independent justice and may influence the formation of civil society, the development of civil responsibility and civil consciousness. The paper scrutinizes the objects and objectives of applying this institute, identifies their differences and features in terms of various types of justice. The instances of involving citizens in administering justice are presented on the examples of arbitrazh jurors in economic trials. The case practice is based on arbitrazh courts. The paper considers the changes in the arbitrazh procedural legislation and the resulting changes in administering justice which lead to adverse consequences represented

in curtailing this institute and thus impossibility to compose the group of judges and jurors of people with economic background. The paper revealed the causes of this tendency on the basis of statistics, arbitrazh practice and sociological research. In particular, the author examines the process of composing the group of arbitrazh jurors in court to identify positive and negative processes and their causes, influence of Russian business community. The paper analyzes the corps of a particular arbitrazh court considering an economic dispute. Besides, general issues and their causes are studied in the paper.



Keywords

arbitrage process, economic justice, confidence to judiciary, authority of judiciary, citizens participation in justice, arbitrage jurors.

Citation: Prokudina L.A. (2015) Realizing Constitutional Citizens Right for Participation in Economic Justice. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 54–69 (in Russian)



References

Dobrovolskiy V.I. (2009) *Aktual'nye voprosy arbitrazhnogo protsessual'nogo zakonodatel'stva: o chem molchit Arbitrazhnyy protsessual'nyy kodeks Rossiyskoy Federatsii* [Topical issues of Arbitrazh Legislation: What Arbitrazh Procedure Code Conceals]. Moscow, SPS Konsul'tantPlyus

Foynitskiy I.Ya. (1996) *Kurs ugovnogo sudoproizvodstva* [Course on Criminal Process]. Saint-Petersburg: AL'FA, 552 p. (in Russian)

Khodykin M. *Arbitrazhnye zasedateli: priznak zrelosti obshchestva ili chuzherodnyy element v rossiyskom arbitrazhnom protsesse?* [Arbitrazh Jurors: Sign of Mature Society or an Alien Feature of Russian Arbitrazh] SPS Konsul'tantPlyus

Kleandrov M.I. (2000) *Status arbitrazhnykh, narodnykh, prisyazhnykh zasedateley* [Status of Arbitrazh, People's and Court Jurors]. Moscow: APU IGiP RAN, 106 p. (in Russian)

Kleandrov M.I. (2006) *Ekonomicheskoe pravosudie v Rossii: proshloe, nastoyashchee, budushchee monografiya* [Economic Justice in Russia: Past, Present, Future. Monograph]. Moscow: Wolters Kluwer, 600 p. (in Russian)

Kozhukharova N.I. *Osobennosti rassmotreniya del s uchastiem arbitrazhnykh zasedateley RF* [Cases Involving Arbitrazh jurors in RF] SPS Konsul'tantPlyus/

Krasnokutskiy V.A. (1915) *Russkiy torgovyy protsess* [Russian Trade Process]. M.K. Treushnikov (ed.) (2005) *Grazhdanskiy protsess. Khrestomatiya: Uchebnoe posobie* [Civil Process. Texts. Manual]. Moscow: OAO «ID «Gorodets», 986 p. (in Russian)

Lebedev V.M., Khabrieva T.Ya (eds) (2012) *Pravosudie v sovremennom mire: monografiya* [Justice in Modern World]. Moscow: Norma, 704 p. (in Russian)

Lyadnova E.V. *Deyatel'nost' arbitrazhnykh zasedateley kak sposob obespecheniya publichnosti arbitrazhnogo sudoproizvodstva* [Arbitrazh Jurors as a Means of Ensuring Publicity of Arbitrazh]. SPS Konsul'tantPlyus.

Mazan'ko N.A. *Institut arbitrazhnykh zasedateley i poslednie izmeneniya v APK RF* [Arbitrazh Jurors and the Latest Changes in the RF Arbitration Procedure Court]. SPS Konsul'tantPlyus.

Narutto S.V., Smirnov V.A. (2008) *Prisyazhnye i arbitrazhnye zasedateli: teoriya i praktika: monografiya* [Jurors and Arbitrazh Jurors: Theory and Practice. Monograph]. Moscow: Prospekt, 208 p. (in Russian)

Petrukhin I.L. (ed.) (2003) *Sudebnaya vlast': kollektivnaya monografiya* [Judiciary. Collective Monograph]. Moscow: Velbi, 703 p.

Rashchevskiy E. (2005) *Privlechenie arbitrazhnykh zasedateley kak bezuslovnoe pravo storony v protsesse* [Attracting Arbitrazh Jurors as an Absolute Right of a Party in a Process]. *Korporativnyy yurist*, no 4, SPS Konsul'tantPlyus.

Smola A.A. *Arbitrazhnye zasedateli: veter peremen* [Arbitrazh Jurors: Wind of Changes]. *Gazeta EZh-Yurist*, SPS Konsul'tant Plyus (in Russian)

Vas'kovskiy E.V. (2003) *Uchebnik grazhdanskogo protsessa* [Textbook on Civil Process]. Moscow: Zertsalo, 530 p.

Voskobitova L.A. (2003) *Sushchnostnye kharakteristiki sudebnoy vlasti. Monografiya* [Features of Judiciary]. Stavropol': Stavropol'servisshkola, 160 p. (in Russian)

Федеративные идеи в российской науке конституционного права второй половины XIX века



А.О. Лебедев

старший преподаватель кафедры конституционного и административного права Национального исследовательского института «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000 Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: ant-lebedev@ya.ru



Аннотация

Проблемы федеративной формы государственного устройства стали рассматриваться в российской государственно-правовой науке со второй половины XIX века, т.е. собственно тогда, когда она сформировалась как самостоятельная область научного знания. До этого периода времени следует упомянуть лишь отдельные замечания о природе союзного государства у А.П. Куницына. В целом, к концу XIX века федеративное (союзное) государство интерпретировалось как соединение (союз) государств (государствоподобных образований), в котором составляющие его члены в пределах, очерченных общесоюзной конституцией, подчиняются власти федерального центра, сохраняя самостоятельность в других сферах деятельности. Союзное государство мыслилось не только как более тесное соединение по сравнению с союзом государств, но и имеющее качественно иную юридическую природу. При этом генезис союзного государства виделся как усиление центростремительных сил в союзе государств, а не как децентрализация государства. На рубеже XIX–XX вв. место первостепенных проблем теоретической конструкции союзного государства заняли такие вопросы, как разделение суверенитета и государственный статус субъектов федерации, что обусловлено в значительной мере влиянием немецкой юриспруденции (в первую очередь речь идёт о концепции «несуверенного государства» Г. Еллинека, которая, однако, с позиций сегодняшнего дня вряд ли может быть признана убедительной и подтверждаемой политико-правовой практикой). В тоже время Б.Н. Чичерин и А.Д. Градовский — крупнейшие российские государствоведы второй половины XIX века — не считали вопрос о государственном статусе субъектов федерации центральным для описания правовой природы союзного государства, рассматривали федеративный принцип в качестве гарантии децентрализации публичной власти (Градовский) или раздробления и распределения по различным центрам правительственной власти (Чичерин). Однако содержащееся в их трудах «децентралистское» понимание федеративных идей в науке было отодвинуто на второй план «союзнической» интерпретацией природы федеративного государства с ее проблемами суверенитета и статуса составных частей федерации.



Ключевые слова

федерализм, союзное государство, федерация, конфедерация, суверенитет, история науки конституционного права, российские дореволюционные ученые-юристы, Б.Н. Чичерин, А.Д. Градовский, Г. Еллинек.

Библиографическое описание: Лебедев А.О. Федеративные идеи в российской науке конституционного права второй половины XIX века // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 70–90.

JEL: K1; УДК: 342

«Куницыну дань сердца и вина!» (вместо введения)

Скудная государственно-правовая литература первой половины XIX века федеративную проблематику не рассматривала. В то же время было бы несправедливо не упомянуть одно важное исключение — научную деятельность А.П. Куницына, читавшего курс «Право естественное» в Царскосельском лицее, среди прочих, А.С. Пушкину (строки которого вынесены в заглавие) и А.М. Горчакову. Под тем же названием в 1818 и 1820 гг. он издал двухтомный труд¹, претерпевший изменения в сравнении с читаемым курсом². Так, в напечатанном варианте отсутствует глава «О республиканских образах правления», в которой излагались рассуждения автора о союзном государстве. У нас есть возможность узнать о взглядах Куницына благодаря записи его лекций, осуществленной Горчаковым³.

Воззрения А.П. Куницына по рассматриваемому вопросу сводятся к двум небольшим параграфам (217 и 218), в которых он отмечал, что союзное государство создается из многих государств через учреждение верховной власти над ними посредством договора. Созданное таким образом «одно всегдашнее общество» имеет некие общие цели, и все, что остается за их пределами, сохраняется в распоряжении соединяющихся государств, а учредившие союзное государство члены «остаются отдельными обществами, но имеют взаимные права и обязанности по договору соединения»⁴.

Понятно, что с позиций последующей юридической науки данное описание не имеет значительной ценности. В известном смысле оно порождает больше вопросов. Например, не ясно, федеративное или конфедеративное соединение описывал А.П. Куницын, и различал ли их автор: почти ничего не говорится ни об объеме компетенции союза (есть только намек на отнесение к оной внешних сношений), ни о характере юридических отношений между федерацией и ее членами. Упоминание договора как основания правовой связи между учреждаемым союзом и его членами можно толковать в качестве указания на конфедеративный тип соединения.

Некоторый интерес вызывает рассмотрение А.П. Куницыным союзного государства в главе о республиканском образе правления⁵. Правда, в рамках указанной главы автор

¹ *Куницын А.П. Право естественное. Части I и II. СПб., 1818, 1820. В современном переиздании см.: Куницын А.П. Право естественное. М., 2011. О научном уровне трудов Куницына в государственно-правовой науке нет единого мнения. Н.Я. Куприц писал о нем как о видном и прогрессивном представителе русского государствоведения и правоведения. См.: Куприц Н.Я. Из истории государственно-правовой мысли дореволюционной России. М., 1980. С. 14. Однако Н.М. Коркунов отмечал, что «напечатанные произведения Куницына не представляют ничего выдающегося», а его «Естественное право» — «толковое и талантливое изложение Руссо и Канта, не более». См.: Коркунов Н.М. История философии права. Глава IV. §31. СПб., 1913. В недавнем переиздании см.: Коркунов Н.М. История философии права. М., 2011. С. 294 и сл. Подобная позиция Коркунова обусловлена, видимо, во-первых, тем, что он не был знаком с неизданными работами Куницына, во-вторых, общим его критическим настроением к естественно-правовой теории. Нам представляется, что неверно оценивать научное наследие Куницына вне контекста общего уровня развития государственно-правовой мысли того периода. Соответствующий уровень оставлял желать лучшего, поэтому работы учителя Пушкина и Горчакова можно признать выделяющимися из общего ряда. Все, как известно, познается в сравнении.*

² Это, впрочем, не спасло автора от гонений и изъятия книги из библиотек. См. об этом подробнее: Куприц Н.Я. Указ. соч. С. 14–28; Избранные социально-политические и философские произведения декабристов. Т. I. М., 1951. С. 724, 725.

³ Избранные... произведения декабристов. С. 591–654; В современном переиздании см.: Куницын А.П. Энциклопедия прав: Изображение системы политических наук. М., 2010.

⁴ Избранные... произведения декабристов. С. 630.

⁵ На это, в частности, обращал внимание Н.Я. Куприц. См.: Куприц Н.Я. Указ. соч. С. 25.

описывал не только демократический, но и аристократические, а также смешанные образы правления. Поэтому сделать вывод о «демократической» природе союзного государства у Куницына было бы неверным, скорее, можно предположить только неприятие чистой монархией федеративных форм.

I. Первые шаги науки государственного права: 60-е годы XIX века

Интерес к проблематике союзного государства появляется в отечественной государственно-правовой литературе только в эпоху Великих реформ Александра II. Однако сколь-нибудь самостоятельной разработки указанного понятия зарождающаяся наука дать не могла — ей оставалось пока лишь цитировать и переводить зарубежных авторов.

В этом плане показательна работа А. Лохвицкого «Обзор современных конституций». В ней автор со ссылкой на немецкую науку говорит о двух типах конфедераций: союзе государств и союзном государстве, отмечая, что «американцы и французы употребляют другие выражения для обозначения этих двух родов соединения: первый тип они называют конфедерацией, конфедеральным правлением, второй национальным правлением, “конституцией”»⁶. Легко просматривается осторожный подход автора: интерпретации союзному государству он не давал, ограничиваясь абстрактными ссылками на «немецкую науку», «французов» и «американцев».

В работе видного юриста-международника и общественного деятеля И. Блюнчли, являющейся учебным курсом по общему государственному праву, мы, пожалуй, впервые встречаем в изданной на русском языке государственно-правовой литературе краткое, но более или менее систематическое изложение теории сложных государственных форм, в ряду которых ученый обособлял союзное (федеративное) государство⁷. В противовес простым государствам автор выделял сложные государственные формы, т.е. «такие, части которых в свою очередь организованы как государства-члены, или по крайней мере наподобие их». При этом классификация сложных государств давалась И. Блюнчли в зависимости от степени самостоятельности этих государствовподобных образований. Государствовед выделял «владеющие государства» с полным подчинением составных территориальных частей; государства, покровительствующие другим странам («вассальным государствам»), при этом последние могут обладать некоторой степенью самостоятельности; метрополии, колонии которых уже дозрели до «организации, сходной с государством»; союзы государств и личные унии, предполагающие «полную верховную власть и самостоятельность соединившихся государств», ограниченную только некоторыми общими целями объединения»; наконец, собственно союзные государства и реальные унии.

Несложно заметить, что автор отступает от общей логики своей классификации. Предложенная градация должна завершаться не союзным государством, а как раз союзом государств, так как именно в последнем самостоятельность политических образований представлена в такой степени, что сам союз является скорее не государством, но «конгломератом государств». Такая последовательность продиктована, видимо, историческими условиями возникновения федеративных государств: перед своим созданием они представляли собой конфедеративные объединения. Да и сами союзные государства лишь постепенно укрепля-

⁶ Лохвицкий А. Обзор современных конституций. Часть II. СПб., 1865. С. 107.

⁷ Блюнчли И. Общее государственное право. Том I. М., 1865. С. 376–380.

лись в своем новом статусе. Как образно писал Ю. Гачек, «союзное государство не выскакивает в совершенно готовом виде из реторты государственного деятеля, а лишь постепенно высвобождается, утрачивая мало-помалу следы своего происхождения»⁸.

И. Блюнчли рассматривал субъектов союзного государства как вполне действительные государства, которые в пределах своей области также самостоятельны, как и обычные государства. При этом «в союзном государстве существует организованный коллективный народ и организованные частные народы, причем коллективное государство так же свободно в своих движениях и так же снабжено органами, как и каждое единичное государство»⁹. Важными чертами союзного государства он считал, во-первых, четкое («резкое») разграничение компетенции между государствами и употребление всех средств «к мирному разрешению возможных столкновений», во-вторых, самостоятельность друг от друга (как мы сказали бы сейчас) органов двух уровней государственной власти («оба правительства и представительные собрания сколь возможно отделены друг от друга и взаимно независимы») ¹⁰. По автору, наиболее полно первая черта проявлялась в Северо-Американских штатах, вторая — в Швейцарском союзе. Указал Блюнчли и на критерий разграничения компетенции в союзном государстве — «коллективное государство» лишь в качестве исключения занимается некоторыми внутренними делами, а в основном сосредотачивается на внешних сношениях.

На русский язык в эти годы была переведена также работа известного немецкого юриста Р. фон Моля, изложившего свои взгляды касательно природы сложных государственных образований. Автор считал, что создание подобных государственных форм обусловлено тем, что отдельные государства, как правило, небольшие, не в состоянии поддержать свое положение за счет своих собственных сил и средств. Соответственно, если речь идет только о нуждах обороны, то создается союз государств, если же спектр потребностей более широкий — то союзное государство. Таким образом, в подобных союзах «слабые» государства, по мысли Моля, ищут «сильной» власти, «всем им доставляющей в надлежащей степени защиту и покровительство»¹¹. С этих позиций автор заключал, что образование федеративного государства республиками маловероятно. Оно будет иметь место лишь в виде «крайней меры на случай нужды», когда государства «тяжким опытом извели все внутренние и внешние неудобства раздробления на мелкие государства»¹².

Среди первых¹³ работ российских авторов по государственному праву следует отметить труды И.Е. Андреевского¹⁴ и В.И. Сергеевича¹⁵, в которых они рассматривали федеративные формы государственного устройства.

⁸ Гачек Ю. Общее государственное право. Часть 3. Право государственного соединения. Рига, 1912. С. 53.

⁹ Блюнчли И. Указ. соч. С. 376–380.

¹⁰ Там же.

¹¹ Моль Р. Энциклопедия государственных наук. СПб.; М., 1868. С. 28, 29.

¹² Там же. С. 558.

¹³ Уместно упомянуть, что в 1866 г. увидела свет работа Б.Н. Чичерина «О народном представительстве», в которой среди прочего автор рассматривал вопросы представительства в сложных государствах. См.: Чичерин Б.Н. О народном представительстве. М., 1866. С. 177 и сл. В настоящей статье мы рассмотрим взгляды ученого в контексте второго издания указанного труда (М., 1899). Насколько можно судить, взгляды автора на проблематику союзного государства не претерпели принципиальных изменений.

¹⁴ Андреевский И.Е. Русское государственное право. Том I. СПб.; М., 1866. С. 33, 34.

¹⁵ Сергеевич В.И. Русское государственное право. М., 1868–1869. С. 134–138.

И.Е. Андреевский, судя по его учебнику, не уделял значительного внимания научной классификации. В § 4–12 в одном ряду среди типов (форм) государств автор рассматривал государства древневосточного мира, греческое и римское государства, древнее германское и ленное государства, а также современные ему английское, французское и русское государства. Сюда же автор помещал и союзное государство. Государствовед фактически выделял два типа союзного государства — Staatenbund (традиционно переводится как «союз государств») и Bundesstaat (собственно «союзное государство»). Примечательно, что русского перевода указанных понятий автор не дает, используя при описании типов союзного государства немецкие термины.

Определение союзного государства (Bundesstaat) И.Е. Андреевским давалось через описание его отличий от союза государств (впоследствии такой подход стал традиционным для науки). Члены союзного государства не являются государствами, так как Bundesstaat обладает «точной верховной государственной властью, исключаящей отдельные верховные власти в своих союзных землях». Это позиция отличает И.Е. Андреевского от И. Блюнчли и целого ряда других государствоведов дореволюционного периода, считавших членов федерации государствами. Наличие «верховой власти» у союзного государства подтверждается его способностью оказывать воздействие непосредственно на своих граждан («подданных»)¹⁶. В отличие от него союз государств может влиять только на членов союза (государства).

В.И. Сергеевич рассматривал союзное государство как одну из форм соединения государств. Среди последних он выделял личное соединение (*unio personalis*) и реальное соединение (*unio realis*), которое как раз было представлено союзом государств и союзным государством. Если *unio personalis* объединено под скипетром правителя («неполное» соединение), то *unio realis* — «полная» форма соединения государств, обеспечиваемая основным законом государства. При этом он считал членов подобных соединений государствами, признавая, однако, что они сохраняют долю самостоятельности, которая может быть различна.

По мысли В.И. Сергеевича, провести четкую грань между союзом государств и союзным государством невозможно, ибо историческое развитие говорит нам о постепенном переходе одной формы в другую. При этом союзное государство он видел «более совершенным» соединением, чем союз государств. В нем «замечается более крепкая центральная власть», которая «одарена не только правом законодательства, управления и суда, но и необходимыми средствами для осуществления этих прав; она имеет финансы, войско и чиновников»¹⁷. Отсюда логично вытекала другая важная черта союзного государства — оно распространяет свою власть непосредственно на граждан, т.е. имеет *своих* подданных. Наконец, союзное государство обладает монополией в сфере внешних сношений.

II. О взглядах на союзное государство А.Д. Градовского и Б.Н. Чичерина

А.Д. Градовский рассматривал проблематику союзного государства в фундаментальном двухтомном труде «Германская конституция». Он отмечал, что федеративная фор-

¹⁶ При этом И.Е. Андреевский в основном говорит о фискальных полномочиях Bundesstaat: право учреждать налоги и совершать займы. Такое акцентирование внимания на финансовой составляющей общефедеральных полномочий продиктовано, видимо, печальным опытом реализации Статей Конфедерации.

¹⁷ Сергеевич В.И. Указ. соч. С. 134–138.

ма государственного устройства была необычна для политической мысли Старого Света¹⁸. Так, американское политическое устройство, по мысли автора, удивит европейца, привыкшего к наличию в государстве «верховой власти», которой подчинены власти местные. Сам по себе взгляд, что в пределах одного государства могут сосуществовать два «параллельных» уровня власти, каждый из которых самостоятелен в пределах своей компетенции, очерченной Конституцией, — был по меньшей мере непривычен политическим воззрениям XIX века¹⁹.

Касательно теоретической конструкции союзного государства, А.Д. Градовский отмечал: «Теория этой формы далеко не принадлежит к числу теорий, добытых путем чистого умозрения»²⁰. С этих позиций изложение учения о федеративном государстве есть прежде всего описание опыта его построения на примерах. В силу этого примечательны суждения автора о политической организации Северо-Американских штатов. Он рассматривал союзное государство в качестве *децентрализованного*, противопоставляя его государству централизованному, в котором не положено правового предела компетенции «верховой власти»: «Ее законодательству и распоряжению подпадает каждое явление и правоотношение, важное с государственной точки зрения»²¹. Иное дело Северо-Американские штаты, в которых власть общегосударственного Конгресса строго ограничена конституционными предписаниями²². В другой своей работе А.Д. Градовский идет дальше, рассматривая в качестве федеративных отношения субъектов федерации с муниципиями: «Федеративное начало, проведенное снизу вверх, обеспечивается как в политических отношениях кантонов и штатов к центральному правительству, так и в административных отношениях штатов и кантонов к округам, графствам и общинам»²³.

Если соединить разрозненные высказывания А.Д. Градовского и переложить их на современный юридический язык, то мы придем к весьма оригинальной для государственно-правовой науки того времени мысли: федеративный принцип есть принцип *децентрализации публичной власти*, означающий самостоятельность разных ее уровней в пределах их компетенции. Примечателен в суждениях А.Д. Градовского и другой момент. В последней трети XIX века казалось, что есть три «основных» примера союзного государства — Северо-Американские Соединенные штаты, Швейцария и Германская империя, на почве которых в известном смысле и создавалась догматическая конструкция данного вида государственного соединения. Но здесь мы встречаем немаловажное затруднение — механизм государственной власти Германской империи по ряду базовых параметров совсем не похож на механизм Соединенных штатов и Швейцарии (прежде

¹⁸ Градовский А.Д. Германская конституция. Часть II. СПб., 1876. С. 9, 10. А.А. Жилин отмечал: «При образовании союзных государств на них смотрели иногда как на переходную стадию от союза государств к унитарному государству, уродливое временное образование, а потому и отказывались заниматься их природой». См.: Жилин А.А. Теория союзного государства. Киев, 1912. С. 318.

¹⁹ В известном смысле он непривычен и современному российскому обывателю, приученному к «властной вертикали».

²⁰ Градовский А.Д. Указ. соч. Часть II. С. 5.

²¹ Там же. С. 8.

²² XX век показал эфемерность наложенных на федеральное правительство ограничений, подорванных, среди прочего, широким толкованием клаузулы о междуштатной торговле — *elegantia juris* американского федерализма. См.: Бернам У. Правовая система США. М., 2006. С. 77 и след.; Фридмен Л. Введение в американское право. М., 1992. С. 105–116.

²³ Градовский А.Д. Начала русского государственного права. Том III. СПб., 1883. Книга первая. Глава вторая // СПС «Гарант».

всего, речь идет о монархической форме правления, а также о явном преобладании в империи одного из ее субъектов — Прусского королевства). Однако в условиях господства в юридической науке, с одной стороны, позитивистской школы, склонной к некритической оценке существующих государственных институтов, с другой — немецких государствоведов, желавших скроить теорию федеративного государства по германским лекалам, отнесение Германской империи к разряду союзных государств (пусть и с признанием ее некоторых особенностей) стало преобладающим в правоведении.

А.Д. Градовский, пожалуй, был одним из первых отечественных ученых, который выразил скептическое отношение к федеративному характеру тогдашней Германии: «События 1866 и 1870 г. создали истинно оригинальное политическое устройство. Михель выразился совершенно справедливо: германское политическое устройство не есть ни союз государств (Staatenbund), ни союзное государство (Bundesstaat), ни государство централизованное, это — конституция 1871 года»²⁴.

Осторожно о форме государственного устройства Германской империи и перспективах ее развития писал Б.Н. Чичерин: «Пока еще трудно сказать, насколько подобное устройство может быть прочно... Послужит ли такая могучая организация на пользу государства и человечества, это другой вопрос, на счет которого можно иметь различные мнения»²⁵. Он отмечал, что союзное устройство более подходит республикам, чем монархическим государствам, которые «гораздо менее способны соединяться в крепкие союзы». Причину этому он видел в том, что «в республиках народ, соединяясь в общий союз, сохраняет в своих руках верховную власть... Но монарх должен подчиняться иной власти, что противоречит державному его праву, его независимости, и редко может быть согласно с его волей»²⁶.

Причина подобного несоответствия Германской империи канонам федеративного государства кроется в том, что она строилась исходя из прагматических соображений политического характера. В силу этого теоретические формулы и конституционно-правовой опыт иных федераций мог игнорироваться. Как отмечал А.А. Жилин, главный творец Германской конституции князь Бисмарк «как бы гордился, что новое устройство не может быть подведено под какую-нибудь научную теорию»²⁷.

Б.Н. Чичерин рассматривал вопрос о федеративном государстве в своем трехтомном «Курсе государственной науки». При этом природа сложных государств рассматривалась автором как в рамках первого тома (части) (посвящен вопросам общего государственного права, глава XI книги третьей «Государственное устройство»), так и в рамках второго (посвящен вопросам политики, глава VII книги третьей «Политика государственного устройства»). «Сложные государства, — по определению Чичерина, — суть те, в которых несколько государств соединяются вместе, не теряя, однако, своей самостоятельности»²⁸.

²⁴ Градовский А.Д. Германская конституция. Часть II. С. 6, 25. Впоследствии подобные суждения мы встречаем и у ряда других государствоведов: в начале XX века И.А. Маевский отмечал: «Немцы всячески стараются доказать, что Германская империя есть подлинная федерация, и это заставляет их соответствующим образом конструировать теорию федерации». См.: Маевский И.А. Федерализм. М., 1917. С. 3.

²⁵ Чичерин Б.Н. Курс государственной науки. Части 1–3. М., 1894–1898 // СПС «Гарант». Ср.: с его высказыванием в другой работе: «Сама Империя не прошла еще через настоящие испытания». См.: Чичерин Б.Н. Народное представительство. 2-е изд. С. 265.

²⁶ Чичерин Б.Н. Народное представительство. С. 256, 264.

²⁷ Жилин А.А. Указ. соч. С. 81, 82.

²⁸ Чичерин Б.Н. Курс государственной науки. Часть (том) I. Глава XI // СПС «Гарант».

Автор делил сложные государства на две категории: соединения (унии личные и реальные) и союзы (союз государств и союзное государство). Если государства первой из названных категорий соединены властью одного монарха (при этом каждое из государств, входящих в унию, сохраняет «свое особое устройство»), то в государствах второй категории «устанавливается в некоторых отношениях общее устройство».

Главное различие между союзом государств и союзным государством он усматривал в том, что первое есть «постоянное соединение самостоятельных государств для известных общих целей», в то время как второе «есть слияние нескольких государств в одно, но так, что члены сохраняют часть своей самостоятельности». На основании данного коренного отличия Б.Н. Чичерин выделял ряд признаков, размежевывающих понятия «союз государств» и «союзное государство», при этом отмечал, что союзное государство:

1) имеет целью не только внешнюю и внутреннюю безопасность, но и общепользные учреждения, как-то: дороги, банки и т. п., в нем соединяются более или менее все государственные цели, хотя не в полном объеме;

2) может иметь собственное войско, которым распоряжается по усмотрению;

3) имея принудительную власть в руках, в случае непокорности которого-нибудь члена само исполняет свои решения;

4) имеет собственные финансы, источники дохода; может от своего имени делать долги;

5) имеет непосредственное отношение к подданным; оно может от себя издавать законы, для них обязательные, и вынуждать повиновение.

Признавая, что реальные государства могут и не полностью укладываться в очерченные типы («жизненные формы, вообще, не слагаются по чисто логическим категориям»²⁹), автор отмечал, что различие между союзным государством и союзом государств носит не количественный, а качественный характер.

Достоинства и недостатки союзов государств Б.Н. Чичерин рассматривал при характеристике политических аспектов государственного устройства в третьем томе (части) своей работы³⁰. К достоинствам федеративной системы автор относил:

1) раздробление правительственной власти и распределение ее по различным центрам, что является гарантией свободы;

2) возможность устроить местное управление согласно с местными интересами;

3) больше возможностей для развития всего разнообразия жизни, более равномерного распределения общественной и политической жизни, которая «не стягивается к столице в ущерб оконечностям».

Если рассматривать выделенные Б.Н. Чичериным недостатки федеративного устройства, то несложно заметить, что они являются оборотными сторонами достоинств данной формы государственного устройства:

1) необыкновенная сложность государственного механизма, как следствие его медлительность, возникновение разнообразных затруднений, для разрешения которых нужен юридический такт и практический смысл;

2) слабость центральной власти;

3) преобладание местных интересов над общими, которое влечет за собой все невыгоды мелких государств (деспотизм большинства, плохие местные законы, измельчание целей и взглядов);

²⁹ Там же.

³⁰ Чичерин Б.Н. Курс государственной науки. Часть (том) III. Глава VII // СПС «Гарант».

4) столкновение интересов при разнообразии местных особенностей, внутренние раздоры при решении крупных вопросов.

Автор полагал, что подобные недостатки требуют особых условий для возникновения и процветания союзного государства. К ним он относил:

1) некоторое единство в интересах, нравах, понятиях и учреждениях;

2) величину соединяющихся государств (союз нужнее мелким государствам, которые в нем находят опору своей независимости и легче подчиняются центральной власти);

3) международное положение союза (нейтральное или обособленное положение позволяет обходиться более или менее слабой центральной властью, близость же могущественных соседей побуждает раздробленные государства образовать более крепкое единение, нежели простой союз);

4) особое значение суда (нигде он не играет такой политической роли, как в союзном государстве, где он призван разрешать всякие пререкания, возникающие между центральной и местной властью).

В другой работе Чичерин также касался вопроса о достоинствах и недостатках федеративной формы государственного устройства³¹. В духе Ш. Монтескье он отмечал, что большое, единичное государство представляет слишком много опасностей республиканским учреждениям, поэтому республики, как правило, стремятся к ослаблению правительственной власти. Федеративное устройство же позволяет сочетать легкость самоуправления с обширностью интересов и внешним могуществом.

Выделяемые государствоведом недостатки федераций в целом те же, что и в его «Курсе государственной науки», однако аргументация более подробна. Он не скрывал негативного, почти презрительного отношения к господству в федеративном государстве местечковых интересов над общенациональными. Отдаленный и возвышенный центр противостоит в авторской интерпретации мелочному честолюбию, зависти и посредственности, царящим на местах («в тесных пределах области»). Впрочем, вскоре подобное отношение ученого несколько проясняется — это не только скепсис по поводу маленьких государств, а в целом настороженное отношение к демократическому правлению: «Если демократия вообще ведет к господству посредственности, то это особенно справедливо в небольших государствах»³².

Немного приподнимается, на наш взгляд, и завеса тайны над опасениями правоведа касательно ослабления центральной власти в союзных государствах. Он довольно нелиберально провозглашал, что всякое разделение власти само по себе есть зло. Порождаемые подобной децентрализацией распри и разногласия, раздоры и междоусобия таят особые угрозы внешней политике государства, ибо «здесь требуются единство воли, сила власти, быстрота действий, а всего этого в союзном государстве нет»³³. Необходимость содержания большой армии ставит под удар республиканские порядки.

В современных условиях сложно оценить «недостатки» федеративного государства, выделенные Б.Н. Чичериным, как однозначно негативные его черты. Сильный федеральный центр таит в себе угрозу опасной для правовых свобод концентрации власти, подавления механизмов «вертикального» разделения властей и политической конкуренции. Расхожий тезис о слабости федеративных правительств при отражении внешней угрозы (его, к примеру, выдвигал также А. де Токвиль), возможно, справедливый в

³¹ Чичерин Б.Н. О народном представительстве. С. 256–265.

³² Там же. С. 260.

³³ Там же. С. 263.

условиях XIX века, на наш взгляд, не выдержал испытания временем. Вторая половина XX века отмечена в определенном смысле поразительным фактом — *демократические правовые государства не воюют друг с другом*. Часто воевавшие между собой на протяжении столетий Великобритания, Франция, Германия, Австрия (государства — их предшественники) уже более полувека живут мирно. Соединенные Штаты, единственные, пожалуй, кто за последние десятилетия более- или менее полномасштабно использовал военную силу (Корея, Вьетнам, Афганистан, Ирак), тоже не воюют с себе подобными. Падение авторитарных режимов разного свойства (будь то кайзеровская или гитлеровская Германия, царская или советская Россия) и утверждение ценностей демократии и правового государства резко снижают вероятность крупных военных конфликтов. А если вспомнить, что США, считающиеся многими «главным жандармом» современного мира, являются федеративным государством, то тезис о слабости федеративной формы правления для предотвращения внешних угроз может быть оставлен истории.

Само по себе преобладание местных интересов над интересами общими (в отрыве от содержания данных интересов и механизмов их реализации) также трудно оценить в отрицательном ключе. Тем более и деспотизм большинства, и низкое качество законодательства вполне могут иметь место и даже быть более ярко выраженными на федеральном уровне.

Что касается сложности государственного механизма, порождаемого несопадающими интересами, и, как следствие, затрудняющего реализацию общегосударственной политики, решение крупных вопросов, то и здесь федеративному государству лишь с натяжкой можно поставить «минус». Строго говоря, оценка этой черты федеративного государства зависит от того, какая собственно политика реализуется. Если речь идет о расширении прав и свобод, упрочнении их гарантий etc., то многоцветный «политический ландшафт» федеративного государства, тормозящий принятие данных решений, действительно может вызвать сожаление и упреки. Однако если речь идет о противоположном — неоправданном ограничении прав и свобод, вторжении в частную жизнь граждан, расширении государственного присутствия в тех или иных сферах общественной жизни, то здесь как раз данный «минус» легко превращается в «плюс»: пока между политиками идет борьба, граждане могут «спать спокойно» в свободном обществе.

III. «Крупный авторитет, на которого постоянно все ссылаются»³⁴ (о «несуверенных государствах» Георга Еллинека)

Значение разработок Г. Еллинека для отечественной государственно-правовой науки на рубеже веков хорошо видно на примере неоднократно издававшегося в то время учебника по государственному праву известного правоведа Н.М. Коркунова. Но сначала скажем несколько слов об отношении самого Коркунова к проблематике форм соединения государств³⁵. Автор выделял два вида соответствующих соединений — унию

³⁴ *Снарский А.Т.* Автономия или федерация. СПб., 1907. С. 42. К. Кульчицкий (Мазовецкий) называл разработанную Г. Еллинеком теорию «несуверенных государств» «господствующей в науке государственного права, особенно в немецкой». См.: *Кульчицкий (Мазовецкий) К.* Автономия и федерация в современных конституционных государствах. М., 1907. С. 132.

³⁵ *Коркунов Н.М.* Русское государственное право. Том I. Введение и общая часть. Издание шестое. СПб., 1908. С. 149–158.

и федерацию. И если первую он описывал лишь как «случайное династическое соединение», то вторую — как соединение государств с целью «совместного осуществления союзной властью общих им задач государственной жизни». Ученый рассматривал процесс образования федерации в контексте объединительных тенденций, отмечая, что она способна «согласить все усиливающуюся тенденцию к политической интеграции, к образованию крупных, могущественных держав, с сохранением известной самостоятельности за более мелкими политическими союзами»³⁶. Федерация являлась, согласно авторскому подходу, собирательным понятием, включающим союз государств («старая, неполная форма соединений государств») и союзное государство («новая форма, возникшая только в конце прошлого (XVIII-го — А.Л.) столетия»). Характеризуя правовую природу союзного государства, Коркунов почти сразу обозначал ключевую проблему теории федеративной формы: в чем отличие провинции простого государства от субъекта федерации? Ответ, согласно которому члены союзного государства, в отличие от территориальных единиц унитарного государства, являются государствами, порождает в свою очередь проблему выделения характерных признаков государства. И в этом вопросе у Коркунова нет оригинального решения — он присоединился к мнению Г. Еллинека, отрицавшего за суверенитетом роль отличительной черты государства.

Тем самым мы подступаем, с одной стороны, к чрезвычайно сложной, с другой — к довольно схоластической теме. Вполне оправданное желание найти разницу в правовом статусе между провинциями децентрализованного государства и субъектами государства федеративного (и, соответственно, между самими государствами унитарными и федеративными) приводило (и, что характерно, приводит до сих пор) ученых-конституционалистов и теоретиков к бесконечной дискуссии о природе суверенитета в федеративном государстве и государственном статусе субъектов федерации.

Логическая последовательность аргументов в этом споре была примерно следующей. Если выдвигался тезис о государственном характере субъектов федерации, то далее следовал вопрос об отличительных признаках государства в ряду территориальных коллективов, а так как такой признак обычно видели в наличии у государства суверенитета, то ставился вопрос о наличии в том или ином виде суверенитета у субъектов федерации (коли они являются государствами). Известным «ответвлением» (но не принципиальным изменением хода дискуссии!) от данной цепочки рассуждений являлась весьма популярная на рубеже веков позиция ряда видных немецких государствоведов (П. Лабанда, Г. Еллинека и др.), которые не признавали за суверенитетом роли отличительного признака государства. При этом «новым» признаком государства была провозглашена способность организовываться на основании «собственного права»³⁷.

Учитывая, что на рубеже XIX–XX веков взгляды Еллинека получили широкое признание в российской академической литературе, целесообразно подробнее остановиться на теоретических разработках немецкого государствоведа. В известном упрощении «концепция Еллинека» сводится к следующему³⁸: член федерации в пределах своей компетенции (т.е. то, что не было отдано общегосударственному правительству) полностью самостоятелен — он сам организует (нормирует) свое законодательство, управление и суд,

³⁶ Коркунов Н.М. Русское государственное право. Том I. С. 151.

³⁷ «Самостоятельная господствующая власть характеризуется, таким образом, прежде всего тем признаком, что организация ее основана исключительно на ее собственных законах». См.: Еллинек Г. Право современного государства. Том первый. Общее учение о государстве. Изд. 2-е. СПб., 1908. С. 361).

³⁸ Еллинек Г. Указ. соч. С. 355–364 и др. Краткий обзор взглядов П. Лабанда и Г. Еллинека см. также: Жилин А.А. Указ. соч. С. 99–108.

в этой части над ним нет вышестоящей государственной власти (государственного органа). Он называл подобный публично-властный территориальный коллектив несuverенным государством. Его отличие от суверенного государства заключается в том, что последнее может — в пределах установленных или признанных им границ — совершенно свободно нормировать содержание своей компетенции. Несuverенное государство действует свободно только в пределах, определенных для его государственного ведения. Соответственно, над автономными провинциями унитарных государств господствует вышестоящая власть, которая не только определяет объем их компетенции, но и может в том или ином виде вмешиваться и контролировать их текущую деятельность.

Критике подобные подходы подверглись почти сразу после их обнародования. Так, к примеру, в принципе концепцию суверенитета ставил под сомнение видный французский юрист Л. Дюги, фундаментальный труд которого в 1908 г. вышел на русском языке³⁹. Он подчеркивает, что понятие «суверенитет» было изобретено для характеристики унитарного государства. Однако политико-правовая реальность конца XVIII — начала XIX веков выдвинула новые федеративные формы государственной организации общественной жизни⁴⁰. В результате юридическая наука попыталась приспособить старую теорию к новым условиям. И все попытки приспособления, по мысли Л. Дюги, оказались тщетны, ибо на ключевой вопрос, чем все-таки субъект федеративного государства отличается от автономной провинции унитарного государства, ответа так найдено и не было. В результате Дюги заключил, что «каково бы ни было понятие, составленное относительно суверенитета, нельзя, сохраняя эту концепцию, основанную на личности государства, создать юридически удовлетворительную конструкцию федеративного государства»⁴¹. Соответственно, критиковал французский ученый и концепцию «несuverенных государств»⁴².

Действительно, в свете современного положения дел концепция Г. Еллинека кажется, мягко говоря, небесспорной. Идея о субъектах федерации — государствах, которые в рамках своей компетенции полностью самостоятельны, не выдерживает последовательной критики.

Во-первых, стало очевидно, что кажущаяся полнота власти субъектов федерации размывается в силу отсутствия четкой грани между компетенцией субъекта и самой федерации. Расширение сферы деятельности федеральной власти — характерная черта американской конституционной системы XX века. И для этого нет необходимости в изменении Конституции США — достаточно централистской позиции Верховного Суда, а уж он найдет необходимые инструменты толкования конституционного текста, формально не меняя его. О «сверхцентралистской» позиции Конституционного Суда Российской Федерации мы уже высказались в научной печати⁴³.

Во-вторых, даже в оставшейся после «наступления» центра части своей компетенции субъект федерации отнюдь не всевластен. Он должен следовать некоторым общеправовым

³⁹ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М., 1908. С. 179–194.

⁴⁰ Как отмечал В. Вильсон, «федеративное государство, как известно, есть создание новейшего политического мира. Древность дает нам довольно примеров конфедераций, но ни одного федеративного государства». См.: Вильсон В. Государство. Прошлое и настоящее конституционных учреждений. М., 1905. С. 504, 505.

⁴¹ Дюги Л. Указ. соч. С. 194.

⁴² Там же. С. 180–187. См. также: Кульчицкий (Мазовецкий) К. Указ. соч. С. 131–133.

⁴³ См.: Лебедев А.О. Разграничение предметов ведения между Федерацией и ее субъектами: проблемные вопросы прочтения Конституции России // Право. Гражданин. Общество. Экономика. Сборник статей аспирантов и студентов. 2010. № 4. С. 156–167.

вым принципам, установленным зачастую федеральной конституцией в интерпретации суда конституционной юрисдикции (например, принципу запрета дискриминации или надлежащей правовой процедуры).

В-третьих, в современных условиях от вмешательства со стороны центральной власти бывают лучше защищены по сравнению с субъектами федеративного государства, к примеру, муниципальные сообщества (образования), которым конституционным образом могут быть гарантированы области полностью самостоятельной деятельности. Однако сложно утверждать в силу этого их государствовподобный характер.

Но проблема, на наш взгляд, даже не в этом — все-таки взгляды Г. Еллинека являются, как мы уже отмечали, частным случаем общей дискуссии о государственном статусе субъектов федерации и приспособлении теории суверенитета к федеративным государственным формам.

Вызывает сомнения, имеет ли спор о государственном характере субъектов федерации или о «разделении» суверенитета между федеральным центром и членами федерации, кроме политической собственно *научную* составляющую. Значение для юридической науки эта дискуссия может иметь лишь тогда, когда из-за признания за субъектами федерации определенного государственного статуса непосредственно следуют *юридические выводы* об объеме компетенции субъекта, возможности его выхода из состава федерации, иных аспектах взаимоотношений с центральной властью.

Однако при ближайшем рассмотрении данные вопросы, на наш взгляд, почти лишены правового содержания. Проблема государственного статуса и суверенитета субъектов федерации имеет два аспекта. Первый — чисто символический. Признание особого политико-юридического характера территориального коллектива в известном смысле благоприятно сказывается на самосознании его населения (имеются и соответствующие атрибуты «государственности»: флаг, герб, гимн, награды, представительства за рубежом при отсутствии реальной потребности в них и т.д.).

Второй аспект — сугубо политический. Он хорошо виден при рассмотрении вопроса «о правах штатов» в США в XIX столетии. Именно тогда проблема суверенитета (понятие, которого, кстати, не знает Конституция США) и государственного статуса штатов имела самое непосредственное политическое значение и, соответственно, общественное звучание (вспоминается прежде всего Дж. Кэлхун)⁴⁴. Однако как только политические страсти улеглись, данные проблемы утратили научное значение. Тон в обсуждении вопросов суверенитета, как известно, задавала немецкая государственно-правовая наука, что было обусловлено опять-таки политико-правовой реальностью второй половины XIX века, в определенном смысле желанием «приспособить» конструкции федеративного государства под нужды строительства Германской империи.

В настоящее время очевиден тот факт, что взаимоотношения «субъект-федерация» детерминируются общефедеральной конституцией, причем в ее интерпретации органом конституционной юрисдикции. На наш взгляд, по-другому в современных демократических правовых государствах быть и не может. Идея, что субъект федерации — госу-

⁴⁴ И.Д. Левин отмечал применительно к политико-правовой реальности Соединенных Штатов, что «вопрос о суверенитете имел вполне определенный практический аспект», юридические конструкции лишь скрывали «вполне реальные интересы той или иной части правящей верхушки». В результате: ««Теоретический» спор был разрешен силой оружия. Победа северных штатов над южными сняла вопрос о правах штатов. Права сепарации и нуллификации были сняты с порядка дня». См.: Левин И.Д. Суверенитет. СПб., 2003 [1948]. С. 291, 293. От себя заметим, что «теоретический» спор о суверенитете штатов был инспирирован политическими соображениями, и вполне логично, что с отпадением этих соображений он сошел на нет.

дарство, поэтому он может, например, нуллифицировать федеральный закон, выйти из федерации, присвоить себе федеральную компетенцию etc. зиждется, в конечно счете, не на *правовом*, а на *силовом* способе разрешения конфликтов между федерацией и ее субъектами. Если окажется «сильнее» субъект, то он действительно «правомочен» и его соответствующие действия «конституционно оправданны», что может означать распад страны. Если же окажется «сильнее» федерация, то уже ее действия будут интерпретироваться как «водворение конституционного порядка» в подтверждение тому, что союз субъектов является «нерасторжимым».

Те или иные наработки ученых касательно правовой природы понятий «суверенитет» и «государство» используются в политических баталиях не в силу их научной аргументированности и наличия реальных правовых вопросов⁴⁵. В условиях отсутствия *communis opinio doctorum*⁴⁶ апелляции к суверенитету и государственному статусу в практическом смысле зачастую носят откровенно спекулятивный характер, маскируют слабость собственно юридической аргументации⁴⁷.

Кроме собственно теории «несуверенного государства» в работе Г. Еллинека вызывают научный интерес рассуждения автора о видах государственных соединений⁴⁸. Прежде всего государствовед выделял государственные соединения *в широком значении*, под которыми понимал «основанное на правовом титуле, длежащее отношение между двумя или несколькими государствами». «В этом смысле, — отмечал Еллинек, — все государства, соединенные общностью международного права, образуют одно великое общение». Однако данные соединения носят социальный, а не правовой характер, который должен основываться на *договорах*. Автор выделял два типа подобных договоров (и, соответственно, правовых соединений): единичные договоры и соглашения, «предполагающие длежащую общность определенных государственных интересов»⁴⁹.

К государственным соединениям *в тесном смысле* немецкий ученый относил соединения государств политического характера, «основанные на цели государства охранять и укреплять его могущество». Они отличаются от правовых соединений государств, основанных на единичных договорах и соглашениях тем, что последние «обнимают только узко ограниченную область деятельности контрагентов», в то время как политические соединения преследуют куда более масштабные цели. Отдельно автор останавливался на *мнимых* соединениях государств, которые с юридической точки зрения являются соединениями не *государств*, а *государствоподобных образований* (страны, «по своему характеру аналогичные государству», но все-таки не являющиеся таковыми

⁴⁵ Как отмечает Н.Ю. Козлова, дискуссия в российской юридической науке вокруг суверенитета субъектов федерация «носит скорее политический, нежели юридический характер». См.: Политико-правовые ценности: история и современность / под ред. В.С. Нерсесянца. М., 2000. С. 153.

⁴⁶ Общее мнение сведущих (ученых) (лат.).

⁴⁷ Хрестоматийным примером в наше время служит Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 4 декабря 2007 г. № 797-О-О (СЗ РФ. 2007. № 52. Ст. 6533). В особом мнении по данному делу судья А.Л. Кононов отмечал: «Представляется, что многократное, как заклинание, не имеющее конкретного смысла, обращение к понятию суверенитета, отягощенному спорными правовыми проблемами, оправдывающему умаление или ограничение политических прав во имя интересов государства или якобы публичного интереса, не только проявляет слабость аргументации юридического решения, но и обнаруживает полную девальвацию этих понятий, противоречит всей концепции прав и свобод, несовместимой с идеологией суверенной государственности и уж во всяком случае не являющейся равнозначной ценностью».

⁴⁸ Еллинек Г. Указ. соч. С. 545–583.

⁴⁹ Там же. С. 546, 547.

и находящиеся «в стадии превращения», например, Канада или Австралия в их отношениях с Великобританией)⁵⁰.

Иное дело — *соединения государств в правовом смысле*. К ним Еллинек относил основанные на международном праве отношения зависимости (прежде всего, протектораты), государство, сюзеренное в его отношении с государствами вассальными (государство государств), монархические соединения (личная и реальная унии), союзы государств⁵¹. В их ряду немецкий государствовед рассматривал и союзные государства, останавливаясь на них подробно⁵². Союзное государство характеризовалось автором как суверенное государство, власть которого исходит от его отдельных членов, образующих одно государственное целое. При этом в пределах общегосударственной компетенции члены федеративного государства «теряют свой государственный характер», сохраняя его в остальной части. Важной чертой союзного государства, как видно из приведенного определения, Еллинек считал участие в той или иной форме членов объединения в формировании общегосударственных органов (или более широко: «права участия в осуществлении союзной государственной власти»).

В целом немецкий государствовед не без оптимизма смотрел на будущее федеративной формы государственного устройства, отмечая, что она является «единственной здоровой и нормальной формой соединения». Ее активное развитие отмечалось автором и в Европе, и на Американском континенте, и в раскинувшейся по всему миру Британской империи. Еллинек видел в союзном государстве верный способ обеспечить бытие мелких и средних политических тел, их защиту от внешнего вторжения⁵³.

IV. Без их имен не полон ряд, или о других научных изысканиях конца XIX века

Было бы несправедливо обойти вниманием еще несколько академические работы конца XIX века, в которых их авторы рассматривали проблемы сложных государственных форм. Так, профессор Новороссийского университета В.В. Сокольский выделял два критерия классификации государств: по их сложности и по их внутреннему организационному принципу⁵⁴. С точки зрения первого критерия, государства делятся на простые (в том числе личные унии) и сложные (союзное государство и государство государств). Разница между этими двумя типами заключается в том, что простое государство над подданными и территорией господствует «во всех отношениях», а сложное — не господствует *непосредственно* (государство государств) или же господствует «в известной сфере отношений» (союзное государство). Возникновение союзного государства автор интерпретировал только в контексте соединения нескольких ранее независимых государств, но не децентрализации простого государства. Он подчеркивал, что организация союзного государства в отличие от межгосударственного объединения основывается не на международных соглашениях, а на внутреннем законодательстве. Примечательно, что ученый избегал называть субъекты федерации государствами (не-

⁵⁰ Там же. С. 548–550.

⁵¹ Там же. С. 550–569.

⁵² Там же. С. 569–583.

⁵³ Там же. С. 582, 583.

⁵⁴ Сокольский В.В. Русское государственное право. Одесса, 1890. С. 10–15.

суверенными государствами), а использовал для этих целей более «мягкий» термин «государствоподобные организмы»⁵⁵.

Фактически для обозначения собственно конфедеративных образований автор использует два понятия: государство государств и союз государств. Их схожая черта заключается в том, что оба вида объединений господствуют над государствами (государствоподобными организмами), но не над населением. При этом государство государств, по мысли В.В. Сокольского, понятие историческое, являющееся ступенью в процессе *распада* простого государства (по сути, империи)⁵⁶. Одновременно союз государств интерпретировался государствоведом в другом ключе — как соединение государств (являющееся не государством, а межгосударственным объединением) с целью решения ряда общих задач (прежде всего, оборонительной). Видимо, в силу ситуативного (нетипичного, исторически преходящего) характера обозначаемой понятием «государство государств» формы соединения, указанный термин не закрепился в государственно-правовой науке.

С точки зрения интерпретации федеративных принципов государственного устройства, наше внимание привлекает фундаментальное трехтомное сочинение Д. Брайса «Американская республика», переведенное в конце XIX века на русский язык. Глава XXX части I указанного сочинения носит название «Достоинства федеративной системы» и в целом дает понятие об авторской позиции по рассматриваемым вопросам⁵⁷. Д. Брайс не пытался излагать «высокую» теорию о юридической природе федеративного государства, о его соотношении с другими видами государственных образований. По сути, он рассматривал федерализм как одну из ступеней децентрализации. Примечательно, что подобная «нонцентралистская» интерпретация федерализма обуславливала схожесть его правовой природы с правовой природой местного самоуправления, которое рассматривается Брайсом в этой же главе. Если федерализм позволяет «приноравливать свою администрацию к законам каждой местности», то самоуправление «служит ручательством за хорошее управление местными делами».

Следует подчеркнуть взаимосвязь федеративного государственного устройства с принципами правового государства у британского государствоведа, ибо федерализм предохраняет «от возникновения такого деспотического центрального правительства, которое присваивает себе все права и угрожает личным правам граждан». Среди оригинальных достоинств федеративной системы у Д. Брайса можно указать, что она дает возможность проводить «такие законодательные и административные эксперименты, на которые было бы опасно решиться в стране с централизованной правительственной властью».

Своеобразно отношение к союзному государству у А.С. Алексеева⁵⁸. Фактически он рассматривал федеративный принцип, говоря современным языком, как способ управ-

⁵⁵ Стоит отметить, что аналог данного термина — государствоподобные образования — закрепился в отечественной науке конституционного права и нередко используется при характеристике федеративного государства и в настоящее время.

⁵⁶ В вышедших на русском языке работах дореволюционного периода такой тип соединения как государство государств рассматривался не часто. Так, мы можем найти небольшое упоминание о них в переводных работах Г. Еллинека (*Еллинек Г.* Указ. соч. С. 554, 555) и Ю. Гачека (*Гачек Ю.* Указ. соч. С. 17, 18), труде А.А. Жилина (*Жилин А.А.* Указ. соч. С. 300–304). Гачек приводил современный ему пример соединения (Османская империя по отношению к Самосу и Египту), а Еллинек в таком качестве рассматривал англо-индийскую империю в отношении к признающим ее верховенство соседним государствам. В целом из описания видно, что подобные государственные формы принадлежат истории.

⁵⁷ *Брайс Д.* Американская республика. Часть 1. Национальное правительство. М., 1889. С. 384–392.

⁵⁸ *Алексеев А.С.* Русское государственное право. Программа. Конспект лекций. Изд. 3-е. М., 1895. С. 168–170.

ления *большим государством*. Необъятные пространства и многочисленность населения обуславливают сложность для государственной власти «равномерно воздействовать на все части своей обширной территории и везде в одинаковой степени стоять на страже интересов разнородного и раскинутого на большом пространстве населения». Требуется, по мысли автора, искусство, чтобы управлять «сложной и разветвленной системой учреждений», при этом являющейся «живой силой» при взаимодействии с населением.

Способ решения этой трудной задачи предопределяется особенностями *генезиса* больших государств, ибо они «не вступают в историю готовыми историческими телами». Конкретная форма объединения «мелких политических тел», согласно А.С. Алексееву, зависит как от характера «политического быта» государства-объединителя, соответственно, и от степени «политической зрелости» объединяемых политических образований. Однако дальнейшая классификация проводилась автором исходя только из второго критерия. Вопрос об особенностях политической жизни сплачивающего центра и ее влиянии на форму создаваемого объединения оставлен автором в стороне. Думается, это не случайно, ибо утверждения о влиянии на создаваемое объединение особенностей политической организации, с одной стороны, государства-объединителя, с другой — объединяемых политических образований находятся в известном диалектическом противоречии⁵⁹.

Итак, А.С. Алексеев отмечал, что «чем политически зреее объединяющиеся части, тем более предоставляется им самостоятельности и тем более оснований для образования федеративного государства и, наоборот, чем менее развиты сливающиеся в политическое целое области, тем более условий для образования унитарного и централизованного государства». В результате автор выделял три группы государств с «обширной территорией»:

- 1) государства, в которых составные части *равны в своей самостоятельности* (именно федеративные государства: Германская империя, Северо-Американские Штаты, Швейцарский союз);
- 2) государства, в которых составные части самостоятельны, но неравноправны, выделяется метрополия (Британская империя);
- 3) государства, в которых присоединенные части утратили самостоятельность, слившись с присоединившим их государством (Россия).

Трудно не подметить противоречивость приведенной классификации. Во-первых, автор подспудно ассоциировал федеративный принцип с обширными по своей территории государствами. Действительно, Северо-Американские Штаты и Германская империя — крупные государства, но разве можно причислить к таким приводимый самим автором в качестве примера Швейцарский союз? Во-вторых, равная самостоятельность субъектов федерации характерна для Северо-Американских Штатов, но с большой натяжкой можно отнести к этой категории Германскую империю, в которой Пруссия занимала особое положение. В-третьих, утверждение, что присоединившиеся к России части утратили свою самостоятельность, тоже не может быть принято без оговорок. Каким бы ни было решение вопроса о юридической стороне отношений Империи и Финляндии, невозможно отрицать, что последняя обладала совершенно особым статусом, выделявшим ее из числа российских провинций.

⁵⁹ Действительно, только ли уровень политической зрелости Финляндии, Польши, Кавказа и т.д. предопределил характер и форму их присоединения к Российской империи? А разве сам тип имперской государственности с ее российской спецификой не задавал известные рамки этому процессу?

Именно при рассмотрении вопроса о положении Финляндии в составе Российской империи А.С. Алексеев выделял четыре формы «соединения государств»: инкорпорацию, союзное государство, союз государств и личную унию. Он довольно традиционно для того времени определял понятие союзного государства на контрасте с понятием союза государств. По мысли автора, образование союзного государства, во-первых, означает утрату его составными частями суверенитета и, как следствие, государственного статуса (соответственно, при союзе государств составляющие его члены сохраняют суверенитет и государственное состояние); во-вторых, составные части союзного государства продолжают «жить, как более или менее самостоятельное целое», но при этом центральная власть будет являться «источником и последним судьей» их самостоятельности (это обусловлено тем, что правовая связь между субъектами федерации зиждется на законе, а не на международном договоре, как при союзе государств).

Остается заключить, что водораздел между союзом государств и союзным государством более или менее проведен автором (по крайней мере, формально-юридически), но ясного отличия союзного государства от государства простого, в котором провинциям тоже может быть оставлена довольно широкая степень самостоятельности, у А.С. Алексеева мы не находим.

Навстречу XX веку (вместо заключения)

Если не считать отдельных замечаний А.П. Куницына, вопросы сложных государственных форм получают освещение в государственно-правовой литературе лишь начиная с 60-х годов XIX в. К концу данного столетия в целом устоялся подход к союзному государству как к соединению (союзу) государств (государствоподобных образований), в котором составляющие его члены в пределах, очерченных общесоюзной конституцией, подчиняются власти федерального центра, сохраняя самостоятельность в определенных сферах деятельности. Союзное государство мыслилось не только как более тесное соединение по сравнению с союзом государств, но и имеющее качественно иную юридическую природу. При этом генезис союзного государства виделся как усиление центростремительных сил в союзе государств, а не как децентрализация государства.

На рубеже XIX–XX вв. место первостепенных проблем догматической конструкции союзного государства заняли такие вопросы, как разделение суверенитета и государственный статус субъектов федерации, что обусловлено в значительной мере влиянием немецкой юриспруденции (прежде всего идей Г. Еллинека). В то же время разработанная Еллинеком концепция «несуверенных государств» вызывает обоснованные сомнения. Вопрос о суверенитете и статусе субъектов федерации (если отбросить символическое значение признания их государственного характера), во-первых, уже фактически решен в современных федеративных государствах; во-вторых, когда он все же поднимается, это обусловлено не столько теоретико-юридическими проблемами, сколько острой политической моментом.

Однако примечательно, что Б.Н. Чичерин и А.Д. Градовский — крупнейшие российские государствоведы второй половины XIX века — не уделяли большого внимания проблемам государственного статуса субъектов федерации, рассматривая федеративный принцип в качестве гарантии *децентрализации публичной власти* (А.Д. Градовский) или *раздробления и распределения по различным центрам правительственной власти* (Б.Н. Чичерин). Либеральный посыл в объяснении федеративных идей, содержащийся в работах Градовского и Чичерина, оказался отодвинутым на второй план «союзниче-

ской» интерпретацией природы федеративного государства, проблемами суверенитета и государственного статуса составных частей Федерации.

С таким багажом отечественная конституционно-правовая наука подошла к началу XX века.



Библиография

- Андреевский И.Е. Русское государственное право. Том I. СПб.; М.: Изд. М.О. Вольфа, 1866. 496 с.
- Блюнчли И. Общее государственное право. Том I. М.: Унив. Тип., 1865. 454 с.
- Брайс Д. Американская республика. Часть 1. Национальное правительство. М.: Изд. К.Т. Солдатенкова, 1889. 503 с.
- Гачек Ю. Общее государственное право. Часть 3. Право государственного соединения. Рига: Наука и жизнь, 1912. 207 с.
- Градовский А.Д. Германская конституция. Часть II. СПб.: Тип. В.С. Балашева, 1876. 160 с.
- Градовский А.Д. Начала русского государственного права. Том III. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1883. 384 с.
- Еллинек Г. Право современного государства. Том первый. Общее учение о государстве. Изд. 2-е. СПб.: Изд. Н.К. Мартынова, 1908. 599 с.
- Жилин А.А. Теория союзного государства. Киев: Тип. И.И. Чоколова, 1912. 354 с.
- Куприц Н.Я. Из истории государственно-правовой мысли дореволюционной России. М.: Изд-во МГУ, 1980. 168 с.
- Коркунов Н.М. Русское государственное право. Том I. Введение и общая часть. 6-е изд. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1908. 623 с.
- Кульчицкий К. Автономия и федерация в современных конституционных государствах. М.: Библиотека Петрова, 1907. 214 с.
- Лохвицкий А. Обзор современных конституций. Часть II. СПб.: Изд. А.Ф. Базунова. 1865. 148 с.
- Моль Р. Энциклопедия государственных наук. Спб.; М.: Изд. М.О. Вольфа, 1868. 591 с.
- Сергеевич В.И. Русское государственное право. М.: Изд. кн. Л.С. Голицына, 1868–1869. 333 с.
- Чичерин Б.Н. Курс государственной науки. Части 1–3. М.: Тип. Тов-ва «И.Н. Кушнерев и К», 1894–1898. 482 с.; 433 с.; 556 с.
- Чичерин Б.Н. О народном представительстве. 2-е изд. М.: Тип. Тов-ва И.Д. Сытина, 1899. 810 с.

Federal Ideas in Russian Constitutional Law Studies in the Second Half of the XIXth Century



Anton O. Lebedev

Senior Lecturer, Department of Constitutional and Administrative Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Legal Sciences. Address: 20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: ant-lebedev@ya.ru



Abstract

Problems of a federative form of state acquired relevance in the Russian constitutional law studies in the 2nd half of the 19th century. In general, the federation was interpreted as a union of states (quasi-states), in which its units were subject to the power of the federal government in certain areas (within the limits outlined by the federal constitution), while maintaining the autonomy in other areas. Thus, the origin of the federative state was seen as a process of strengthening the centripetal power in confederation, but not as a decentralization of a unitary state. At the turn of 19-20th centuries, the main problems of legal theory of federation became such issues as sharing sovereignty and legal status of

the constituent units under the influence of German lawyers (especially G. Jellinek). At the same time, B. Chicherin and A. Gradovsky, who are outstanding Russian legal scholars of the 2nd half of the 19th century, did not consider the question of the legal status of the component units of the federation as a pivotal issue for federative theory. They considered federalism as a guarantee of the decentralization of public authority (A. Gradovsky) or fragmentation and distribution of government's power in various political bodies (B. Chicherin). However, the *decentralization* conception of federative ideas contained in works of Gradovsky and Chicherin was relegated to the background of Russian constitutional law studies by *union* conception of the federative state with its problems of sovereignty and the legal status of the constituent units of the federation.



Keywords

federalism, union state, federation, confederation, sovereignty, history of studies on constitutional law, Russian pre-revolutionary legal scholars.

Citation: Lebedev A.O. (2015) Federal Ideas in Russian Constitutional Law Studies in the Second Half of the XIXth Century. *Pravo. Zhurnal Vysshhey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 70–90 (in Russian)



References

- Andreevskiy I.E. (1866) *Russkoe gosudarstvennoe pravo. Tom I* [Russian State Law. Volume 1]. Saint Petersburg, Moscow: Wolf, 496 p. (in Russian)
- Blyunchli I. (1865) *Obshchee gosudarstvennoe pravo* [Common State Law. Volume 1]. Moscow: University, 454 p. (in Russian)
- Brays D. (1889) *Amerikanskaya respublika. Chast' 1. Natsional'noe pravitel'stvo* [American Republic. Part 1. National Government]. Moscow: Soldatenkov, 503 p. (in Russian)
- Gachek Yu. (1912) *Obshchee gosudarstvennoe pravo. Chast' 3. Pravo gosudarstvennogo soedineniya* [Common State Law. Part 3. Law of State Union]. Riga: Nauka, 207 p. (in Russian)
- Chicherin B.N. (1894–1898) *Kurs gosudarstvennoy nauki* [Course on State Science]. Moscow: Sytin, 1470 p. (in Russian)
- Chicherin B.N. (1866) *O narodnom predstavitel'stve* [On People's Government]. Moscow: Sytin, 810 p. (in Russian)
- Gradovskiy A.D. (1876) *Germanskaya konstitutsiya. Chast' II* [German Constitution. Part 2]. Saint Petersburg: Babishov, 160 p. (in Russian)
- Gradovskiy A.D. (1883) *Nachala russkogo gosudarstvennogo prava. Tom III* [Origins of Russian State Law. Volume 3]. Saint Petersburg: Stashibeovich, 384 p. (in Russian)
- Dyugi L. (1908) *Konstitutsionnoe pravo. Obshchaya teoriya gosudarstva* [Constitutional Law. Common Theory of State]. Moscow: Sytin. 956 p. (in Russian)
- Jellinek G. (1908) *Pravo sovremennogo gosudarstva. Tom pervyy. Obshchee uchenie o gosudarstve* [Law of Modern State. Volume 1. Common Theory of State]. Izd. 2-e. Saint Petersburg: Martinov, 599 p. (in Russian)
- Zhilin A.A. (1912) *Teoriya soyuznogo gosudarstva* [Theory of Union State]. Kiev: Chokolov, 354 p. (in Russian)
- Kuprits N.Ya. (1980) *Iz istorii gosudarstvenno-pravovoy mysli dorevolutsionnoy Rossii* [Theory of State in Prerevolutionary Russia]. Moscow: MMGU, 168 p. (in Russian)
- Korkunov N.M. (2011) *Istoriya filosofii prava* [History of Philosophy of Law]. Moscow: Stasulevich, 599 p. (in Russian)
- Korkunov N.M. (1908) *Russkoe gosudarstvennoe pravo. Tom I. Vvedenie i obshchaya chast'* [Russian State Law. Volume 1. Introduction and General Part]. Saint Petersburg: Stas Klevich, 623 p. (in Russian)
- Kul'chitskiy (Mazovetskiy) K. (1907) *Avtonomiya i federatsiya v sovremennykh konstitutsionnykh gosudarstvakh* [Autonomy and Federation in Modern Constitutional States]. Moscow: Petrov, 214 p. (in Russian)
- Mol' R. (1866) *Entsiklopediya gosudarstvennykh nauk* [Encyclopedia of State Sciences]. Moscow: Wolf, 591 p. (in Russian)

Nersesyants V.S. (ed.) (2000) *Politiko-pravovye tsennosti: istoriya i sovremennost'* [Political and Legal Values: History and Modernity]. Moscow.

Sergeevich V.I. (1868–1869) *Russkoe gosudarstvennoe pravo* [Russian State Law]. Moscow: Golitzyn, 383 p. (in Russian)

Snarskiy A.T. (1907) *Avtonomiya ili federatsiya* [Autonomy or Federation]. Saint Petersburg.

Sokol'skiy V.V. (1890) *Russkoe gosudarstvennoe pravo* [Russian State Law]. Odessa.

Порядок разрешения вопросов о возмещении убытков, причиненных незаконными действиями государственных органов и должностными лицами



И.В. Панова

Профессор, главный редактор журнала «Публичное право сегодня», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: ipanova@hse.ru



Аннотация

Статья затрагивает интересные и важные вопросы возмещения вреда, причиненного незаконными действиями административных органов. Основное внимание уделяется современному аспекту рассматриваемого вопроса. Предлагаются соответствующие изменения в законодательстве, связанные с поднятой в статье проблематикой, например, дополнение Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации (далее — КАС РФ) положением о том, что граждане вправе подавать в суд заявления о возмещении вреда или убытков, причиненных незаконными действиями административных органов в случае письменного отказа соблюдения досудебного порядка урегулирования споров со стороны должностного лица. Также автор предлагает дополнить КАС РФ положением, согласно которому в случаях, установленных законом, при рассмотрении жалобы о возмещении убытков (вреда), причиненного незаконными действиями (бездействием) должностного лица, суду необходимо учитывать обязанность соблюдения досудебного порядка рассмотрения вопроса о возмещении убытков (вреда) в пределах до 100 тыс. руб. Также предлагается в КАС РФ установить правило, при котором за противоправное поведение должностного лица (которое в административном порядке не возместило убытки) несет ответственность в суде орган или вышестоящее должностное лицо (которое впоследствии в дисциплинарном порядке будет выяснять все вопросы со своим подчиненным). Автор обосновывает необходимость внесения изменений в АПК РФ, ГПК РФ и КАС РФ в частности, если соответствующий субъект в административном порядке добровольно не уплачивает убытки, причиненные незаконными действиями (бездействием) должностных лиц, то сумма, взыскиваемая через суд, может быть увеличена. Автор делает вывод, что законодательство должно стимулировать возмещение вреда в административном порядке в противовес большим финансовым затратам в судах.



Ключевые слова

административная жалоба, административная реформа, административная юстиция, возмещение вреда, Гражданский кодекс, досудебное обжалование, компенсация, незаконные действия должностных лиц, претензионный порядок.

Библиографическое описание: Панова И.В. Порядок разрешения вопросов о возмещении убытков, причиненных незаконными действиями государственных органов и должностными лицами // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 91–102.

JEL: K23; УДК: 342

Понятие ответственности сопровождало гражданское общество на всем пути его развития и видоизменялось вместе с развитием имущественных отношений. Возникнув как личное обременение должника, ответственность переросла в определенные имущественные обременения, и из данной категории практически исчез личностный аспект¹. Таким образом, происходило формирования гражданско-правовой ответственности, непосредственно связанной и вытекающей из понятия вреда. В.И. Синайский, например, полагал, что гражданская ответственность выражается в вознаграждении причиненного имущественного вреда². В.А. Тархов рассматривал ответственность как регулируемую правом обязанность дать отчет в своих действиях, будут ли они противоправными или правомерными³. По мнению О.Э. Лейста, существо имущественной ответственности заключается в неизбежности возмещения причиненного вреда, в принудительности самой обязанности, возникающей из факта правонарушения, от которой правонарушитель не может освободиться иначе, как выполнив ее⁴. На сегодняшний день в гражданско-правовой доктрине главенствует мнение, выраженное В.А. Хохловым, который пишет: «...обязательный аспект убытков — это их жесткая связь с правонарушением, так как об убытках можно говорить исключительно в плане последствий соответствующего неправомерного деяния»⁵.

В разъяснениях высших судебных инстанций России обязанность возмещения убытков трактуется как последствие нарушения прав участников оборота и незаконных действий (бездействий) государственных органов, органов местного самоуправления и их должностных лиц, т.е. как последствие правонарушений и проблематика гражданско-правовой ответственности⁶.

Неблагоприятные имущественные последствия должны предотвращаться и устраняться в интересах надежности рыночного оборота и защиты прав его участников. Для достижения этой цели используются различные правовые средства и пути, и, прежде всего, установление обязанности возмещать возникшие убытки как в рамках гражданско-правовой, так и в рамках административной ответственности.

В соответствии со ст. 45 Конституции Российской Федерации каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. В сфере предпринимательской и иной экономической деятельности организации, являющиеся юридическими лицами, граждане, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеющие статус индивидуального предпринимателя, могут защищать свои права и законные интересы путем признания права, восстановления положения, существовавшего до нарушения права, возмещения убытков, компенсации морального вреда и иными способами согласно ст. 12 ГК РФ.

В ст. 46 Конституции России закреплено право обжалования в суд решений и действий (или бездействий) органов государственной власти, органов местного самоуправ-

¹ См.: *Добрачев Д.В.* Взыскание основного денежного долга и убытков в гражданском праве России. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 54.

² См.: *Синайский В.И.* Русское гражданское право (Классика российской цивилистики). М.: Статут, 2002. С. 181.

³ См.: *Ответственность по советскому гражданскому праву.* Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1973. С. 6–10.

⁴ См.: *Лейст О.Э.* Санкции и ответственность по советскому праву: теоретические проблемы. М.: Изд-во Московского университета, 1981. С. 83.

⁵ См.: *Хохлов В.А.* Гражданско-правовая ответственность за нарушение договора: Дис... д-ра юрид. наук. Самара, 1998. С. 221.

⁶ См.: Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 6/8 // СПС КонсультантПлюс.

ления, общественных объединений и должностных лиц. Именно реализация данного права становится отправной точкой для возмещения убытков, причиненных незаконными действиями государственных органов и должностных лиц. Анализ законодательства Российской Федерации позволяет выделить два механизма признания действий (решений) или бездействия органов исполнительной власти незаконными:

- 1) административный (досудебный, внесудебный);
- 2) судебный.

Сравнивая административный и судебный порядки признания действий (бездействия) органов исполнительной власти (должностных лиц) незаконными, необходимо отметить еще одну важную особенность. При установлении «незаконности» действий (бездействия) органов исполнительной власти (должностных лиц) суд одновременно решает вопрос о возмещении вреда. В соответствии с ч. 1 ст. 130 АПК РФ истец вправе соединить в одном заявлении требование о возмещении вреда, причиненного государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами, и требование о признании действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, их должностных лиц незаконными.

В отличие от судебного, административный порядок, как правило, предполагает только признание действий (бездействия) органов исполнительной власти (должностных лиц) незаконными, а вопрос о возмещении вреда разрешается в судебном порядке⁷. Как указывает С.Л. Дегтярев, «государственное принуждение (как признак любой ответственности, в том числе и гражданско-правовой) возможно только на основании вступившего в законную силу решения юрисдикционного органа. Без обращения в юрисдикционный орган не может быть гражданско-правовой ответственности в виде взыскания убытков с недобросовестной стороны, а, следовательно, не может быть убытков в их правовом смысле»⁸.

К юридическим лицам могут быть применены наказания в виде предупреждения, административного штрафа, конфискации, а также административное приостановление деятельности. Как представляется, в случае неправомерного, незаконного наложения указанных административных наказаний, убытки могут быть причинены во всех случаях, за исключением предупреждения. В случае применения к юридическому лицу такого вида наказания, как предупреждение, возможно причинение вреда деловой репутации юридического лица, защита которой осуществляется за рамками ст. 1071 ГК РФ.

Согласно ст. 22 Федерального закона от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля», вред, причиненный юридическим лицам, индивидуальным предпринимателям вследствие действий (бездействия) должностных лиц органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, признанных в установленном законодательством Российской Федерации порядке неправомерными, подлежит возмещению, включая упущенную выгоду (неполученный доход), за счет средств соответствующих бюджетов в соответствии с гражданским законодательством. При определении размера вреда, причиненного юридическим лицам, индивидуальным предпринимателям неправомерными действия-

⁷ См.: *Ивачев И.Л.* Возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц (конституционно-правовой аспект) // Государственная власть и местное самоуправление. 2005. № 8. С. 20–30.

⁸ *Дегтярев С.Л.* Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе. Учебно-методическое пособие. М.: Волтерс Клувер, 2003. С. 4.

ми (бездействием) органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, их должностными лицами, также учитываются расходы юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, относимые на себестоимость продукции (работ, услуг) или на финансовые результаты их деятельности, и затраты, которые юридические лица, индивидуальные предприниматели, права и (или) законные интересы которых нарушены, осуществили или должны осуществить для получения юридической или иной профессиональной помощи.

Самостоятельную группу гражданско-правовых способов защиты вещных прав, и прежде всего права собственности, составляют иски к публичной власти, т.е. требования, предъявляемые к государственным органам (или органам местного самоуправления). Наличие у таких органов властных полномочий исключает возможность предъявления к ним традиционных вещно-правовых или обязательственно-правовых исков, когда они действуют не в качестве равноправных участников имущественного оборота. При этом публичная власть может нарушать или ущемлять вещные права частных лиц как неправомерными, так и правомерными действиями, что также требует особых способов защиты.

Для защиты от неправомерных действий публичной власти, нарушающих вещные права частных лиц, используется два вида исков.

Во-первых, закон допускает требование о полном возмещении убытков, причиненных частным лицам в результате незаконных действий (или бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или их должностных лиц, в том числе путем издания как нормативного, так и ненормативного акта, не соответствующего закону или иному правовому акту (ст. 16 ГК).

Разумеется, сами налоговые, таможенные отношения или отношения по управлению государственным имуществом являются публично-правовыми. Поэтому к ним не применимы нормы гражданского, в том числе обязательственного права, например, об уплате предусмотренных ст. 395 ГК процентов при возврате налогоплательщику из бюджета неправильно взысканных с него сумм. Вместе с тем необоснованное вмешательство публичной власти в имущественную сферу во многих случаях ведет к нарушению именно вещных прав, а потому и требует особых способов защиты. Не случайно правила об исках к публичной власти впервые появились в законах о собственности⁹.

Рассмотрим понятие и структуру определения «нарушения права».

Нарушение права может быть выражено как в действии (активное поведение), так и в бездействии (пассивное поведение). Но и в том, и в другом случаях обязательным условием является его противоправность, т.е. нарушение нормы закона и (или) договора, либо факт виновного причинения вреда. При обращении в арбитражный суд с заявлением о возмещении вреда, причиненного государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами, лицо должно предъявить доказательства, подтверждающие:

- наступление вреда;
- противоправность (незаконность) поведения причинителя вреда;
- причинную связь между противоправностью поведения и наступившим вредом.

Д. Хохлов определяет причинно-следственную связь как объективную категорию, существующую между фактом причинения вреда (убытков) и незаконным решением, действиями (бездействием) государственного органа и (или) его должностных лиц¹⁰.

⁹ См.: Гражданское право: учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 332.

¹⁰ Хохлов Д. Возмещение ущерба, причиненного действиями (бездействием) таможенных органов // ЭЖ-ЮРИСТ. № 20. 2006. С. 20.

В силу положений ст. 65 АПК истец должен доказать, что факт причинения вреда не наступил бы при отсутствии предшествующих во времени незаконных решений, действий (бездействия) государственных органов и (или) их должностных лиц.

Примечателен в связи с этим следующий пример: общество не доказало причинно-следственной связи между действиями таможни по изъятию партии товара и причиненными убытками обществу (добровольное возмещение контрагенту по контракту расходов, связанных с переработкой товара) ввиду отказа общества исполнять обязательства по приему очередной партии товара. По мнению судебных инстанций, общество само превратило возможность причинения вреда в действительность, поскольку в таких индивидуальных особенностях результата, как отказ от приема очередной партии по контракту без наличия объективных причин, оно создало своим поведением необходимость иностранного контрагента передать часть очередной партии товара, подготовленного к отправке, на переработку.

А. Шкадов отмечает, что «поскольку убытки в виде упущенной выгоды являются неполученными доходами, истцу необходимо доказать, что получение этих доходов являлось реальным. В противном случае получится, что истец не понес убытков вообще, поскольку у него не было реальной возможности увеличения имущественной массы»¹¹. Автор указывает на необходимость доказать при определении размера убытков в виде упущенной выгоды наличие (помимо причинно-следственной связи между неправомерными действиями и причиненным прямым ущербом) и причинно-следственной связи между правомерными действиями пострадавшего лица при обычных условиях гражданского оборота и возможным увеличением его имущественной массы. «Причинно-следственная связь между фактом нарушения права и убытками в виде упущенной выгоды должна обладать следующими характеристиками: 1) причина предшествует следствию, 2) причина является необходимым и достаточным основанием наступления следствия. То есть, именно факт нарушения права ответчиком, и только он, явился причиной неполучения доходов истцом. Истец должен доказать, что другие обстоятельства никоим образом не влияли на неполучение им дохода. Именно поэтому суд должен оценить предпринятые им (истцом) для получения упущенной выгоды меры и сделанные с этой целью приготовления (п. 4 ст. 393 ГК РФ)»¹².

При рассмотрении дел о возмещении вреда, причиненного государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами, следует учитывать, что отсутствие вины в соответствии со ст. 401 ГК может исключать наступление ответственности за причиненный вред. Бремя доказывания отсутствия вины возлагается на предполагаемого причинителя вреда (ст. 401 ГК). Отсутствие вины предполагается, если будет установлено, что государственный орган, орган местного самоуправления, а также их должностные лица действовали в соответствии с требованиями нормативных предписаний (международного права и российского законодательства), о которых они знали или должны были знать, и в полной мере выполняли возложенные на них обязанности.

Противоправность поведения указанных органов, а также их должностных лиц может выражаться в форме действий или бездействия, нарушающих требования международного права, норм российского права, действовавших на момент причинения вреда. Противоправными действиями (бездействием), в частности, считаются:

¹¹ Шкадов А. Доказывание упущенной выгоды // ЭЖ-Юрист. 2004. № 15. С. 1.

¹² Там же. С. 2.

- действия органов или должностных лиц с превышением или вне предоставленных законом или иным нормативным актом полномочий;
- отказ в выдаче, приостановление, отзыв лицензии или иного разрешительного документа в нарушение требований закона или иных нормативных актов;
- невыполнение (уклонение от выполнения) органом или должностным лицом обязанности, возложенной на него законом или иным нормативным актом (по разработке нормативного или ненормативного акта, государственной регистрации юридических лиц, договоров, по принятию охранительных, регулятивных и иных мер, рассмотрению заявок, обращений).

Рассмотрим субъектов ответственности за убытки, причиненные незаконными действиями государственных органов и должностных лиц.

Должником в обязательстве по возмещению вреда, причиненного в результате незаконных действий (бездействия) указанных органов либо должностных лиц этих органов, в том числе в результате издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта государственного органа или органа местного самоуправления, является публично-правовое образование, а не его органы либо должностные лица этих органов. При этом ряд правоведов полагает недопустимым ограничивать источники взыскания путем указания на взыскание только за счет средств бюджета, поскольку такое ограничение противоречит ст. 126, 214, 215 ГК. В данном случае действует общее правило об ответственности публично-правового образования всем принадлежащим ему на праве собственности имуществом, составляющим казну.

Под государственным органом, органом местного самоуправления (ст. 53 Конституции России, ст. 16, 1069 ГК) следует понимать орган, входящий в структуру органов государственной власти или местного самоуправления, а также орган, которому в соответствии с законодательством делегированы отдельные государственные полномочия, полномочия органов местного самоуправления (отдельные государственные функции), в случаях, когда такой орган реализует указанные полномочия.

По мнению А. Сушко, привлечение Министерства финансов РФ (финансовых органов) в качестве представителя ответчика по основаниям и в порядке ст. 1069 ГК неправомерно и не обосновано. Как полагает автор, формированию правильного подхода в вопросе определения представителя ответчика по искам о возмещении вреда, причиненного незаконными решениями и действиями (бездействием) указанных органов либо должностных лиц этих органов, препятствует сама конструкция ст. 1071 ГК РФ¹³. Статьей 1069 ГК установлено, что вред, причиненный гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов либо должностных лиц этих органов, в том числе в результате издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта государственного органа или органа местного самоуправления, подлежит возмещению за счет казны Российской Федерации. Совершенно очевидно, что указание на казну как на субъект возмещения вреда противоречит закрепленным в гражданском законодательстве основополагающим правилам. Необходимо признать, что данная статья определяет источник возмещения вреда. Не может выступать в качестве ответчика казна соответствующего публично-правового образования ввиду того, что в соответствии со ст. 214 ГК РФ это всего лишь средства соответствующего бюджета и иное государственное имущество, не закрепленное за го-

¹³ Сушко А. Проблемы правового регулирования возмещения вреда, причиненного в результате незаконных действий государственных органов и их должностных лиц, пути их разрешения // URL: http://omsk.roskazna.ru/file/separator_fs/4.21032.Statja_Sushko.doc (дата обращения: 20 августа 2015 г.)

сударственными предприятиями и учреждениями. Не может быть ответчиком бюджет, который является в соответствии со ст. 6 Бюджетного кодекса РФ (далее — БК) формой образования и расходования фонда денежных средств, предназначенных для финансового обеспечения задач и функций государства и местного самоуправления.

В свою очередь, понятие «казна» сформулировано в п. 4 ст. 214 ГК РФ, согласно которой под государственной казной понимают средства федерального бюджета и иного федерального имущества, не закрепленного за государственными федеральными предприятиями и учреждениями.

В целях реализации имущественной ответственности государства были приняты Правила исполнения Министерством финансов России судебных актов по искам к казне Российской Федерации на возмещение вреда, причиненного незаконными действиями (бездействием) органов государственной власти либо должностных лиц органов государственной власти (утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 9 сентября 2002 г. № 666)¹⁴.

В соответствии с п. 10 ст. 158 БК по искам о возмещении вреда, причиненного незаконными решениями и действиями государственных органов и должностных лиц, в суде от имени казны Российской Федерации выступают соответствующие главные распорядители средств федерального бюджета по подведомственной принадлежности.

Как видно, новеллой БК является возложение на Министерство внутренних дел, Генеральную прокуратуру и Судебный департамент как главных распорядителей и прямых получателей средств из федерального бюджета обязанности выступать в судах от имени казны Российской Федерации по искам о возмещении вреда, причиненного незаконными решениями и действиями (бездействием) соответствующих должностных лиц и органов, по ведомственной принадлежности.

Согласно п. 3 ст. 125 ГК от имени государства, его субъектов и муниципальных образований по их специальному поручению в гражданских правоотношениях могут выступать государственные органы, органы местного самоуправления, а также юридические лица и граждане. Случаи и порядок таких выступлений должны предусматриваться федеральными законами, нормативными актами федерального уровня и актами субъектов Российской Федерации и муниципальных образований. В этом случае речь идет о гражданско-правовых отношениях представительства, в которых государственные органы, органы местного самоуправления выполняют функции не органов публичной власти, а представителей. Публично-правовые образования реализуют свою дееспособность через государственные или муниципальные органы, действующие в рамках своей компетенции. Однако с юридической точки зрения участниками этой деятельности выступают не упомянутые органы, а публично-правовое образование, от имени которого эти органы действуют.

Таким образом, выступление от имени государства, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований в рассматриваемых случаях должно опираться на нормативный акт, допускающий такую возможность, договор поручения и доверенность соответствующего органа государственной власти или органа местного самоуправления. В связи с этим на сегодняшний день наиболее остро стоит проблема применения в правоотношениях по возмещению вреда, причиненного в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления либо должностных лиц этих органов, норм бюджетного законодательства в части привлечения к участию в делах в качестве представителя ответчика главных распорядителей средств соответствующего бюджета по ведомственной принадлежности.

¹⁴ СЗ РФ. 2002. № 37. Ст. 3529.

Надлежит четче определить случаи, когда возможен внесудебный порядок возмещения ущерба. Следует также помнить, что в законодательстве РФ предусмотрены случаи, когда внесудебный порядок обращения взыскания не может быть реализован, и, даже более того, его реализация не допускается. Так, к таким случаям относится ситуация, когда залогодателем является физическое лицо, которое было признано безвестно отсутствующим. Естественно это условие действительно только если данный факт был установлен в соответствии со всеми требованиями законодательства. Следует по аналогии с ГК дать сторонам взаимоотношений право в любой момент (до непосредственной реализации возмещения) остановить процесс осуществления внесудебного порядка возмещения убытков. Исполнить это возможно, если виновная сторона приняла решение о добровольном возмещении вреда.

Постановление по делу об административном правонарушении в части возмещения имущественного ущерба должно приводиться в исполнение в порядке, установленном КоАП РФ и ГК РФ. Постановление по делу об административном правонарушении в части возмещения имущественного ущерба является исполнительным документом. Имущественный ущерб должен быть возмещен нарушителем не позднее установленного срока, например, 15 дней со дня вручения ему постановления. В случае обжалования или опротестования такого постановления — не позднее, допустим, 15 дней со дня уведомления об оставлении жалобы или протеста без удовлетворения. В случае неисполнения постановления в части возмещения имущественного ущерба в установленный срок, оно должно направляться для взыскания ущерба в порядке исполнительного производства, предусмотренном гражданским процессуальным законодательством.

Одним из дискуссионных является вопрос об органе власти, который взял бы на себя полномочия в сфере досудебного урегулирования споров. Указом Президента Российской Федерации от 21 мая 2012 г. № 639 утверждена Структура органов исполнительной власти. В соответствии с названным нормативным правовым актом в настоящий момент на территории РФ функционируют федеральные министерства, федеральные службы и федеральные агентства.

Проанализировав весь перечень органов исполнительной власти, полагаем, что к роли досудебного регулятора по вопросам возмещения убытков больше подходит Федеральная антимонопольная служба (далее — ФАС). На основании Положения о ФАС Постановлением Правительства Российской Федерации от 30 июня 2004 г. № 331 «Об утверждении положения о Федеральной антимонопольной службе» определены полномочия указанного органа исполнительной власти.

ФАС контролирует соблюдение требований обеспечения доступа на рынки услуг естественных монополий и оказания услуг субъектами естественных монополий; следит за соответствием антимонопольному законодательству соглашений между хозяйствующими субъектами, которые могут быть признаны допустимыми в соответствии с антимонопольным законодательством; дает заключения о наличии или отсутствии признаков ограничения конкуренции при введении, изменении таможенных тарифов или прекращении их действия и при введении специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мер; осуществляет в случаях, предусмотренных законодательством РФ, плановые и внеплановые проверки соблюдения антимонопольного законодательства заказчиком, уполномоченным органом или специализированной организацией, конкурсной, аукционной или котировочной комиссией; рассматривает жалобы на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии при размещении заказов

на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд и приостанавливает размещение заказа до рассмотрения жалобы по существу в случаях и порядке, установленных законодательством о размещении заказов.

Широкий спектр полномочий ФАС на стыке юриспруденции и экономики, ее большой опыт в сфере досудебного урегулирования споров в антимонопольной сфере (рассмотрение многочисленных жалоб) делают данный орган исполнительной власти наиболее предпочтительным для досудебного взыскания и по более широкому кругу вопросов. ФАС имеет территориальные органы, находящиеся в каждом субъекте Российской Федерации, что значительно упрощает и ускоряет введение в действие досудебного порядка возмещения.

Открытым остается вопрос, кто будет заниматься досудебным порядком урегулирования споров, когда одной из сторон по делу будет выступать сам антимонопольный орган. Считаем, что для категории антимонопольных споров досудебный порядок предусмотреть практически невозможно.

Анализ ст. 53 Конституции России в контексте ст. 1069 и 1070 ГК позволяет сделать вывод о несовершенстве юридической техники указанной конституционной нормы. Данное несовершенство обусловлено необходимостью толкования практически каждого термина, содержащегося в рассматриваемой норме и неоднозначностью в некоторых случаях такого толкования среди авторов. Поскольку ст. 53 находится в главе 2 Конституции Российской Федерации, постольку в силу требования ст. 135 Конституции изменение данной статьи возможно только в результате пересмотра Конституции.

По мнению юридического сообщества, устранению несовершенства нормы ст. 53 Конституции способствовало бы принятие федерального закона «Об общих принципах и порядке реализации права на возмещение вреда государством», регулирующего принципы реализации данного права. Концепция такого закона может быть разработана на основе соответствующих правовых позиций высших судов РФ. Кроме того, возможно рассмотреть целесообразность введения ранее действовавшего в соответствии с Указом Президиума Верховного Совета СССР 1981 г. предоставления в некоторых, строго ограниченных случаях возможности внесудебного порядка возмещения убытков, например, в случаях, когда подлежит возмещению только реальный ущерб и имеется вступившее в законную силу судебное решение, подтверждающее факт незаконных действий государственных органов и их должностных лиц.

Таким образом, внесудебный порядок возмещения убытков по административным делам оказывает существенную помощь в защите прав потерпевшего, гарантирует возмещение и даже отсутствие убытков, а также позволяет избежать длительного судебного разбирательства и последующего, не менее долгого и затратного процесса исполнения судебного решения. Более того, данный порядок позволит избежать будущих споров и сформировать четкое понимание уровня и размера ответственности при причинении убытков по административным делам. Это в значительной мере дисциплинирует субъектов административного правоотношения.

В законодательство следует ввести правило, в соответствии с которым нарушать права невластных субъектов со стороны должностных лиц было бы невыгодным. Возможно ввести внесудебный (административный) порядок взыскания *убытков при совершении административного правонарушения или причинения вреда незаконными действиями должностных лиц (органов)*. Установить предельный размер суммы взыскания — 100 000 (сто тысяч) руб., ввести в КоАП статью, согласно которой убытки в порядке меры административно-восстановительной могут быть взысканы *одновременно* при рассмотрении вопроса об административной ответственности.

Предлагаем дополнить КоАП статьей 4.2.1. «Досудебное возмещение убытков»: «Если в результате совершения административного правонарушения гражданину, предпринимателю, учреждению или организации был причинен имущественный вред, то потерпевшая сторона имеет право на возмещение убытков в досудебном порядке, если сумма имущественного ущерба не превышает 100 000 руб.

Досудебное рассмотрение производится органом исполнительной власти Российской Федерации — управлением Федеральной антимонопольной службы.

В других случаях вопрос о возмещении имущественного ущерба, причиненного административным правонарушением, решается по общим правилам гражданского судопроизводства с соблюдением соответствующей подсудности».

Кроме того, целесообразно дополнить Кодекс административного судопроизводства (далее — КАС) следующим положением: «Граждане вправе подавать в суд заявления о возмещении вреда или убытков, причиненных незаконными действиями административных органов, в случае письменного отказа соблюдения досудебного порядка урегулирования споров со стороны должностного лица».

Также предлагаем дополнить КАС следующим абзацем: «В случаях, установленных законом, при рассмотрении жалобы о возмещении убытков (вреда), причиненного незаконными действиями (бездействием) должностного лица, суду необходимо учитывать обязанность соблюдения досудебного порядка рассмотрения вопроса о возмещении убытков (вреда) в пределах до 100 тыс. руб.».

Целесообразно также установить в КАС правило, по которому за противоправное поведение должностного лица (которое в административном порядке не возместило убытки) несет ответственность в суде орган или вышестоящее должностное лицо. В соответствии с этим предлагаем дополнить КАС абзацем: «Если должностное лицо, которое по закону обязано возместить убытки в административном порядке, не возместило данные убытки (вред), причиненный незаконными действиями (бездействием) такого лица и (или) уклоняется от явки в суд, то обязанность такого возмещения в порядке подчиненности переходит к вышестоящему должностному лицу».

Также возможно в АПК, ГПК и КАС закрепить в соответствующих статьях следующую норму: «Если соответствующий субъект в административном порядке добровольно не уплачивает убытки, причиненные незаконными действиями (бездействием) должностных лиц, то сумма, взыскиваемая через суд, может быть увеличена».

Иными словами, законодательство должно стимулировать возмещение вреда в административном порядке в противовес большим финансовым затратам в судах.



Библиография

Алдошин О.Н. Специфика имущественной ответственности государства в советских условиях // Журнал российского права. 2001. № 1. С. 20–25.

Белов А.С. Об ответственности юридических лиц за вред, причиненный неправильными служебными действиями рабочих и служащих // Право и суд. 1924. № 2. С. 256–258.

Бесчеревных Н.В. Применение норм гражданского права при установлении ответственности налогоплательщиков и налоговых органов в налоговых правоотношениях / Новое российское гражданское законодательство и практика его применения. Саратов: Изд-во «Саратов», 1998. 412 с.

Бойцова Л.В. Ответственность судей по российскому дореволюционному законодательству // Правоведение. 1992. № 1. С. 16–20.

Воронков А.В. Понятие должностного лица в административном праве // Правоведение. 1999. №1. С. 29–35.

- Гуценко К.Ф. Если вас незаконно привлекли к уголовной ответственности // Законодательство. 1998. № 8. С. 61–62.
- Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Л.: Изд-во ЛГУ, 1983. 123 с.
- Тархов В.А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1973. 200 с.
- Теоретические основы эффективности правосудия / И.Л. Петрухин, Г.П. Батуров, Т.Г. Морщакова. М.: Наука, 1979. 200 с.
- Тютрюмов И.М. Устав гражданского судопроизводства. В 2 т. Изд. 4-е, исп. и доп. СПб.: Издание И.И. Зубкова, 1916. 600 с.
- Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1951. 101 с.
- Флейшиц Е.А. Ответственность государства за вред, причиненный должностными лицами. М.: ВИЮН, 1948. 58 с.
- Фойницкий И.Я. О вознаграждении невинно к суду уголовному привлекаемых. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского университета, 1884. 501 с.
- Халфина Р.О. Общее учение о правоотношениях. М.: Юридическая литература, 1974. 100 с.
- Ченцов Н.В. Проблемы защиты государственных интересов в гражданском судопроизводстве. Томск: Изд-во Томского ун-та, 1989. 100 с.
- Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда. М.: Юрист, 1996. 432 с.
-

The Order of Recovering Losses Harmed by Illegal Actions of State Bodies and Officials



Inna V. Panova

Editor-in-Chief, Journal *Publichnoe Pravo Segodnya*, Professor, HSE, Scientific Advisor of the Ural Institute of Economics, Management and Law, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: ipanova@hse.ru



Abstract

The article concerns interesting and important issues of compensation for harm caused by illegal actions of administrative bodies. The article focuses on the current aspect of the issue. The paper proposes necessary amendments to the legislation related to the issues raised in the article. In particular, the paper proposes amendments to the legislation, for example the supplement of Art. 2 in the Law of the Russian Federation from 27.04.1993 N 4866-1 On appealing against the actions and decisions violating the rights and freedoms of citizens' may be supplied with the provision that citizens have the right to file application for damages or losses caused by illegal actions of administrative bodies in the event of denial letter regarding the implementation of pre-court dispute resolution by an official. The author also proposed to supply Art. 6 of the Law of the Russian Federation from 27.04.1993 N 4866-1 On appealing against the actions and decisions violating the rights and freedoms of citizens with the provision under which in cases established by law, when considering a complaint for damages (harm) caused by unlawful actions (inaction) of an official, court must take into account the obligation to comply with the order of pre-trial dispute resolution procedure for damages (harm) to a maximum of 100,000 roubles. Russian law 27.04.1993 N 4866-1 On appealing against the actions and decisions violating the rights and freedoms of citizens may include a rule under which unlawful conduct of an official who would not pay damages shall responsible. The author shows the necessity of the changes in the Arbitrazh and Civil procedural Codes of the Russian Federation, the Russian Code of Civil Procedure concerning the cases when an appropriate subject does not voluntarily pay the damages caused by unlawful actions (inaction) of officials, the amount to be raised through the courts, can be increased. The author concluded that legislation should encourage compensation in administrative procedure, as opposed to large financial costs in the courts.



Keywords

administrative complaint, administrative reform, administrative justice, damages, Civil Code, pre-trial appeal, compensation, illegal actions of officials, complaint procedure.

Citation: Panova I.V. (2015) The Order of Recovering Losses Harmed by Illegal Actions of State Bodies and Officials. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 91–102 (in Russian)



References

Aldoshin O.N. (2001) Spetsifika imushchestvennoy otvetstvennosti gosudarstva v sovetskikh usloviyakh [Property Liability under the Soviet Regime]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 1, p. 20–25.

Belov A.S. (1924) Ob otvetstvennosti yuridicheskikh lits za vred, prichinenny nepravil'nymi sluzhebnyimi deystviyami rabochikh i sluzhashchikh [On the Liability of Legal Entities for the Harm Caused by Workers and Employees]. *Pravo i sud*, no 2, p. 256–258.

Bescherevnykh N.V. (1998) Primenenie norm grazhdanskogo prava pri ustanovlenii otvetstvennosti nalagoplatel'shchikov i nalogovykh organov v nalogovykh pravootnosheniyyakh [Applying Civil Law Norms to Establish Liability of Taxpayers and Tax Bodies]. *Novoe rossiyskoe grazhdanskoe zakonodatel'stvo i praktika ego primeneniya*. Saratov: Saratov Publishers, 412 p.

Boytsova L.V. (1992) Otvetstvennost' sudey po rossiyskomu dorevolutsionnomu zakonodatel'stvu [Liability of Judges under Russian Prerevolutionary Law]. *Pravovedenie*, no 1, p. 36–43.

Chentsov N.V. (1989) Problemy zashchity gosudarstvennykh interesov v grazhdanskom sudoproizvodstve [Problems of Protecting State Interests in Civil Procedure]. Tomsk: Izdatel'stvo Tomskogo universiteta, 100 p. (in Russian)

Erdelevskiy A.M. (1996) *Kompensatsiya moral'nogo vreda* [Compensation for Moral Harm]. Moscow: Yurist, 432 p. (in Russian)

Fleyshits E.A. (1951) *Obyazatel'stva iz prichineniya vreda i iz neosnovatel'nogo obogashcheniya* [Liability for Causing Harm and Unjust enrichment]. Moscow: Gosudarstvennoe izdatel'stvo yuridicheskoy literatury, 101 p. (in Russian)

Fleyshits E.A. (1948) *Otvetsvennost' gosudarstva za vred, prichinenny dolzhnostnymi litsami* [Liability of State for Harm caused by Officials]. Moscow: VIYuN, 58 p. (in Russian)

Foynitskiy I.Ya. (1884) O voznagrazhdenii nevinno k sudu ugolovnomu privilekaemykh [On the Remuneration to the Innocent Brought to Justice]. Saint Petersburg: S.-Peter, 501 p. (in Russian)

Gutsenko K.F. (1998) Esli Vas nezakonno privilekli k ugolovnoy otvetstvennosti [If You are Prosecuted Illegally]. *Zakonodatel'stvo*, no 8. p. 61–62.

Smirnov V.T., Sobchak A.A. (1983) *Obshchee uchenie o deliktnykh obyazatel'stvakh v sovetskom grazhdanskom prave* [General Study on Tort Obligations in Soviet Civil Law]. Leningrad: Izdatel'stvo Leningradskogo universiteta, 123 p. (in Russian)

Strogovich M.S. (1965) *Demokraticheskie osnovy sovetskogo sotsialisticheskogo pravosudiya* [Democratic Fundamentals of Soviet Justice]. Moscow: Prosveschenie, 159 p. (in Russian)

Khalfina P.O. (1974) *Obshchee uchenie o pravootnosheniyyakh* [General Study of Legal Relations]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 100 p. (in Russian)

Tarkhov V.A. (1973) *Otvetsvennost' po sovetskomu grazhdanskomu pravu* [Liability under Soviet Civil Law]. Saratov: Izd-vo Saratovskogo universiteta, 200 p. (in Russian)

Petrukhin I.L., Baturov G.P., Morshchakova T.G. (1979) *Teoreticheskie osnovy effektivnosti pravosudiya* [Theoretical Grounds of Efficiency in Justice]. Moscow: Nauka, 200 p. (in Russian)

Tyutyumov I.M. (1916) *Ustav grazhdanskogo sudoproizvodstva. V 2 t.* [Charter of Civil Procedure. In two volumes]. Saint Petersburg: Izdanie yuridicheskogo knizhnogo magazina I. I. Zubkova, 600 p.

Voronkov A.V. (1999) *Ponyatie dolzhnostnogo litsa v administrativnom prave* [The Concept of an Official in Administrative Law]. *Pravovedenie*, no 1, p. 29–35.

Классификация неисключительных прав в Гражданском кодексе РФ в контексте статуса иностранного автора



О.В. Луткова

доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 123286, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9. E-mail: ovlutkova@mail.ru



Аннотация

Предметом исследования являются нормы Гражданского кодекса Российской Федерации, закрепляющие неисключительные права автора, классификацию неисключительных прав и возможное влияние на статус иностранного автора в Российской Федерации. Особое внимание уделено следующим аспектам: 1) выявлению основных признаков, характеризующих неимущественные права и иные права по законодательству РФ; 2) уточнению, на основании выявленных характеристик неимущественных и иных прав автора, классификации неисключительных авторских прав в законодательстве России; 3) оценке соответствия классификации неисключительных прав автора в ГК РФ международно-правовым обязательствам Российской Федерации; 4) анализу доктринальных позиций и правоприменительной практики по рассматриваемому вопросу; 5) прогнозированию возможных проблем в сфере регулирования неимущественных прав иностранных авторов в Российской Федерации и предложению путей их устранения. В исследовании использованы методы правового анализа, правового моделирования, правового прогноза, методы сравнительного правоведения и исторического анализа. В статье сделано два основных вывода. Во-первых, выявлены пробелы в классификации неисключительных прав автора в соответствии с ГК РФ как неимущественных и иных, и внесены предложения по уточнению классификации с учетом правотворческой практики отдельных государств, российского законодательства, действовавшего до вступления в силу ГК РФ, современных обобщений российской правоприменительной практики, а также с учетом международно-правовых обязательств Российской Федерации (по Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г.). Помимо прав, четко обозначенных в ст. 1228 ГК РФ, к категории неимущественных прав предложено отнести право на неприкосновенность и защиту произведения от искажения. К категории иных прав, помимо обозначенных в ст. 1226 ГК РФ, предложено относить право на обнародование произведения, право на отзыв, право на получение вознаграждения за использование служебного произведения и др. Во-вторых, выявлены риски появления возможных проблем в сфере регулирования неимущественных прав иностранных авторов на территории России и предложены варианты их устранения.



Ключевые слова

международное частное право, неисключительные права автора, неимущественные права автора, иные права автора, статус иностранного правообладателя, авторские права, классификация авторских прав.

Библиографическое описание: Луткова О.В. Классификация неисключительных прав в Гражданском кодексе Российской Федерации в контексте статуса иностранного автора // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 103–115.

JEL: K1; УДК: 347

В России в соответствии с частью четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) принята классификация интеллектуальных прав (авторские права представляют собой вид интеллектуальных) как исключительных и неисключительных. В первую очередь к интеллектуальным правам отнесены исключительные права, тогда как неисключительные права признаются за правообладателями только в случаях, предусмотренных Кодексом (ст. 1226 ГК РФ). Неисключительные права разграничиваются на неимущественные и иные (ст. 1231 ГК)¹. Неисключительные права действуют на территории России в соответствии с ч. 4 п. 1 ст. 2 ГК — общей нормой, устанавливающей, что к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц применяются правила, установленные гражданским законодательством, если иное не предусмотрено федеральным законом. Таким образом, на основании анализируемой статьи и в соответствии с Конституцией Российской Федерации (ч. 3 ст. 62) на иностранных лица и лица без гражданства распространяется национальный режим в отношении неисключительных прав.

Неимущественные права. К признакам личных неимущественных прав авторов российские ученые² относят нижеследующие.

Важнейший признак — нематериальный характер, который проявляется в отсутствии экономического содержания, невозможности дать этим правам точную (например, денежную) оценку. Для осуществления личных неимущественных прав не характерна возмездность, соответственно, невозможно и обращение взыскания на объект личного неимущественного права.

Другой признак — направленность на индивидуализацию личности. Неимущественные права обеспечивают признание за личностью ее нравственной ценности³, позволяют отличить одного субъекта права от другого, охраняют их особенности и специфику.

Третий признак — наличие особого объекта личных неимущественных прав — нематериальных благ и результатов интеллектуальной деятельности (ст. 150 ГК РФ).

Еще одним признаком является специфика оснований возникновения и прекращения неимущественных прав. В отличие от исключительных прав, личные неимущественные права автора возникают не в отношении любого объекта интеллектуальной собственности, а только в случаях, предусмотренных в ГК РФ (ст. 1229). Также предусмотрено, что личные неимущественные права возникают только в отношении автора произведения (ст. 1255) — гражданина, творческим трудом которого создано произведение литературы, науки или искусства (ст. 1257).

Таким образом, неимущественные права неотделимы от личности автора, и с его смертью они прекращаются. Однако необходимо согласиться с признанием объективно

¹ См. об этом: Данилин С.Н., Борисов А.Н. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса РФ (постатейный). М., 2015; Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. В 2 т. Т. 2. Части III, IV ГК РФ / под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланава. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2011; Гаврилов Э.П., Городов О.А., Гришаев С.П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая. М., 2009.

² См., напр.: Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление, защита): Автореф. дисс... д-ра юрид. наук. М., 1997.

³ Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая. Спб., 1911. С. 83

существующих интересов авторов, сохраняющихся даже после их смерти — имени, репутации, чести, — осуществление и защита которых предусмотрены законом. Как справедливо пишет М.Н. Малейна, «узаконенная возможность осуществления и защиты неимущественных прав после смерти их обладателя третьими лицами приводит к мысли о существовании некоторых нематериальных благ в отрыве от личности после смерти человека в усеченном объеме (составе)»⁴.

Еще одна особенность субъекта неимущественных прав автора, которая всегда подчеркивалась в отечественной доктрине, — они могут принадлежать только физическому лицу. Однако изъятия из этого общего правила предусматривались как в действовавшем ранее ГК РСФСР (1964) (ст. 484, 486), так сохранились и преумножились в действующем ГК РФ (п. 4 ст. 1240; п. 7 ст. 1260; п. 4 ст. 1263; п. 2 ст. 1251). Тот факт, что в отдельных случаях в отечественном законодательстве предусматривается возможность надления юридического лица (как первичного субъекта) некоторыми неимущественными правами автора, вдохновляет многих современных исследователей заявлять, что, возможно, пришло время пересмотреть некоторые постулаты отечественной теории личных неимущественных прав⁵.

Наконец, характерный признак неимущественных прав автора — их неотчуждаемость и непередаваемость, и кроме того, невозможность (ничтожность) отказа от них (абз. 2 п. 2 ст. 1228 ГК РФ).

В состав личных неимущественных прав автора, согласно ГК РФ, однозначно входят *право авторства*⁶ и *право на имя*⁷, поскольку эти права прямо названы таковыми в ст. 1228 ГК. Их правовой режим полностью соответствует режиму неимущественных прав: в частности, они неотчуждаемы и непередаваемы, отказ от них ничтожен (п. 1 ст. 150). Кроме того, право авторства и право автора на имя охраняются бессрочно (абз. 3 п. 2 ст. 1228).

Перечень личных неимущественных прав автора не сформулирован в ст. 1228 ГК как исчерпывающий. В главе «Авторские права» в п. 2 ст. 1255 содержится еще один перечень авторских прав. В их число вошли, помимо исключительного права, упомянутые в ст. 1228 неимущественные права — право на авторство и право на имя; упомянутые в ст. 1226 иные права — право следования и право доступа; а также следующая группа прав, не отнесенных однозначно ни к какой из перечисленных классификаций: право на неприкосновенность произведения и право на обнародование произведения (п. 2 ст. 1255); право на вознаграждение за служебное произведение и право на отзыв (п. 3 ст. 1255).

Эта ситуация дает основания представителям современной юридической доктрины анализировать и «примерять» к категориям неимущественных или иных указанных права автора (не отнесенные к конкретной категории), поскольку единственное, что о них можно было бы сказать однозначно, это то, что они не являются исключительными

⁴ Малейна М.Н. Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление, защита): Автореф. дис... д-ра юрид. наук. М., 1997. С. 10.

⁵ См. об этом: Маковский А.Л. Комментарий к статьям 1225–1227 // Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации; Новоселова Л.А., Рожкова М.А. Интеллектуальная собственность: некоторые аспекты правового регулирования: монография. М., 2014.

⁶ Право признаваться, считаться автором, т.е. создателем конкретного произведения.

⁷ Производно от права авторства; заключается в возможности автора использовать или разрешать использовать произведение под своим подлинным именем, псевдонимом либо без обозначения имени (анонимно).

правами. В п. 2 рассматриваемой статьи исключительное право указано отдельно в самом начале списка, а для п. 3 этой статьи сформулировано правило «...автору произведения наряду с правами, указанными в пункте 2 настоящей статьи (где указано исключительное право — О.Л.), принадлежат другие права (курсив наш — О.Л.), в том числе...».

Иные права автора. В современном российском законодательстве отсутствует как исчерпывающий перечень, так и понятие иных прав автора и их признаки. Отсутствует единое понимание этого вопроса и в отечественной правовой доктрине, тогда как правоприменительная практика пока не достаточно развита. Если поставить задачу составить характеристику, опираясь на контекст юридических источников и мнения исследователей⁸, может получиться следующий примерный перечень взаимообусловленных характерных черт группы авторских прав, именуемых иными:

- иные права принадлежат автору как первоначальному субъекту, но могут принадлежать и последующему правообладателю (правопреемнику);
- иные права — это авторские права, которые нельзя однозначно отнести ни к исключительным, ни к личным неимущественным, поскольку они одновременно тесно связаны с использованием произведения и с личностью первичного правообладателя (автора);
- в законодательстве не содержится запретов на отчуждение или передачу иных прав;
- иные права не подлежат бессрочной охране.

К перечню иных авторских прав, как уже упоминалось, в соответствии со ст. 1226 ГК РФ однозначно отнесены только право следования и право доступа.

Право следования (ст. 1293) действует в отношении произведений изобразительного искусства, авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений. Реализуя право следования, правообладатель имеет возможность получить установленные Правительством Российской Федерации процентные отчисления от цены публичной перепродажи произведения в течение срока охраны авторских прав на произведение. По содержанию оно имеет явно выраженный имущественный характер: речь идет о получении автором процента от каждой сделки с его произведением. Но при этом имеется привязка именно к личности автора, что может создавать видимость реализации личного неимущественного права.

Несмотря на классификационную определенность права следования в российском праве, проблема статуса иностранного автора может заключаться в том, что в других государствах это же право может относиться к другому виду авторских прав, охватывать несколько иной круг объектов, и на него будет распространяться, соответственно, другой режим. Так, по французскому авторскому праву право следования относится к имущественным правам автора и распространяется только на произведения изобразительного искусства⁹.

Право доступа — право автора произведения изобразительного искусства требовать от собственника оригинала произведения предоставления возможности осуществлять право на воспроизведение своего произведения. Объектом этого права является

⁸ См., в частности: Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации; Каминская Е.И. Личные неимущественные права автора: отказ от ненужных иллюзий или утрата ценностей? // Актуальные вопросы российского частного права: сб. ст. / сост. Е.А. Павлова, О.Ю. Шилохвост. М., 2008. С. 146–163.

⁹ Сравнительное правоведение: национальные правовые системы. Т. 2. Правовые системы Западной Европы / под ред. В.И. Лафитского. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2013. С. 246.

оригинал произведения — вещь, право собственности на которую принадлежит не автору, а другому лицу, т.е. по сути, это право на чужую вещь (ст. 1292 ГК РФ).

Как видно из характеристики права следования и права доступа по российскому праву, они полностью вписываются в признаки иных прав.

Мнения о том, как следует классифицировать права, не вошедшие в закрепленные в ГК классификации неимущественных и иных прав автора, в современной доктрине не согласованы. Например, существует позиция, заключающаяся в том, что все права, перечисленные в п. 2 и п. 3 ст. 1255 ГК (кроме исключительного права и права на вознаграждение за служебное произведение), следует относить к неимущественным¹⁰. Другая позиция состоит в том, что все права, перечисленные в п. 2 ст. 1255, являются неимущественными и, соответственно, в п. 3 этой же статьи содержится уже другой перечень — перечень иных прав автора¹¹. Еще одна научная позиция сводится к предположению, что абсолютно все авторские права, перечисленные в п. 2 и п. 3 ст. 1255, не отнесенные к исключительному праву и однозначно не отнесенные к неимущественным правам, можно отнести к правам иным¹².

Целесообразно рассмотреть в контексте категориальных теоретических характеристик не вошедшие в официальные классификации неимущественных прав (ст. 1228 ГК) и иных прав (ст. 1226), перечисленные в ст. 1255 неисключительные авторские права: право на неприкосновенность произведения, право на обнародование произведения, право на вознаграждение за служебное произведение, право на отзыв.

Право на неприкосновенность произведения и защиту произведения от искажений носит абсолютный характер (ст. 1266).¹³ Это означает, что никто, кроме автора, не может вносить в произведение изменения, включая сокращения, дополнения, снабжение иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями, пояснениями. При этом не являются изменениями устранение орфографических и грамматических ошибок, неточностей в географических названиях, исправление фактических ошибок в датах, именах собственных и т.д. Предусмотрены особые случаи, когда вносимые в произведения третьими лицами изменения¹⁴ рассматриваются как носящие характер извращений и искажений, порочащие честь, достоинство и деловую репутацию автора (п. 2 ст. 1266 ГК РФ). Нарушение права на неприкосновенность произведения в этом случае сопряжено с квалифицирующими признаками, дающими основание обращаться к ст. 152 ГК «Защита чести, достоинства и деловой репутации», как при жизни автора, так и после его смерти.

После смерти автора лицо, к которому перешло исключительное право, также получает право разрешать использование произведения в переработанном виде, включая

¹⁰ Данилин С.Н., Борисов А.Н. Указ. соч.

¹¹ Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации; Данилин С.Н., Борисов А.Н. Указ. соч..

¹² Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации .

¹³ Нарушение неприкосновенности произведения в предшествующем отечественном законодательстве фактически допускалось до тех пор, пока такое нарушение не угрожало чести, достоинству и деловой репутации автора.

¹⁴ Под любым (неквалифицированным) изменением понимается нарушение «видения», которое автор вложил в свое творение; нарушение целостности произведения по сравнению с тем, каким оно было создано автором или передано для использования на основании авторского договора. Извращение — такое изменение произведения, которое настолько грубо нарушает его художественное, эстетическое, смысловое содержание, что препятствует или даже делает невозможным его нормальное восприятие. Искажение рассматривается как существенное изменение творческого замысла автора, воплощенного в произведении.

разрешение внесения сокращений и дополнений в произведение. Этот факт как будто отделяет рассматриваемое право от первичного субъекта¹⁵ и позволяет предполагать, что рассматриваемое авторское право следует относить не к неимущественным, а к иным правам, поскольку, будучи от природы неимущественным, тем не менее, от первичного субъекта оно, как кажется, может быть передано правопреемнику¹⁶.

Следует, однако, сделать оговорку, что полномочия правопреемника в таком случае значительно уже полномочий самого автора, так как он не вправе исказить замысел автора, нарушать целостность восприятия произведения, вступать в противоречие с волей автора, если она была выражена им любым образом в письменной форме.

Вместе с тем, вопрос о принадлежности права на неприкосновенность произведения к той или иной классификации неисключительных прав — отнюдь не вопрос в чистом виде доктринального характера. Если предположить (а основания для этого имеются), что в ГК РФ имеется в виду, что право на неприкосновенность является иным правом, а правоприменительные органы с этим согласятся, тогда, в частности, действительность передачи этого права от автора третьим лицам не должна вызывать сомнений. Это предположение настораживает в контексте следующих фактов:

- именно к неимущественным правам право на неприкосновенность произведения относилось в предшествующем части четвертой ГК РФ отечественном законодательстве и, соответственно, наделялось характеристиками неотчуждаемости и непередаваемости, а также ничтожности отказа от него (т.е. недействительности такого отказа самого по себе, независимо от решения суда);
- в большинстве зарубежных стран право автора неприкосновенность произведения однозначно рассматривается как «моральное», т.е. неимущественное право, и более того, во многих странах континентальной Европы именно это право расценивается как важнейшее из авторских прав (на уровне законодательного закрепления — в Бельгии¹⁷, на уровне доктрины — во Франции¹⁸).

На наш взгляд, право на неприкосновенность произведения необходимо относить именно к категории неимущественных, а не иных прав по следующим причинам объективного характера.

Во-первых, несмотря на то, что рассматриваемое право не указано в ГК РФ именно как неимущественное право, в ст. 1267 оно помещено в общий перечень с правами, име-

¹⁵ В соответствии с прежним отечественным законодательством передача автором права на переработку предполагала возможность внесения в произведение любых изменений, кроме тех, что умаляют честь, достоинство и деловую репутацию автора. С 1 января 2008 г. законодательно фактически требуется, чтобы в авторском договоре (включая договор об отчуждении) право на переработку раскрывалось подробно с включением в него права внесения сокращений, дополнений, права снабжения иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями, пояснениями, а также иными изменениям, позволяющими реализовать исключительное право на использование произведения.

¹⁶ Такое предположение содержат, в частности, работы: Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации; *Каминская Е.И.* Указ. соч. С. 146–163. В доктрине существует особое мнение о полном совпадении права на неприкосновенность произведения и защиту произведения от искажений по содержанию с имущественным правом на переработку произведения: «...право на неприкосновенность идентично праву на переработку, они лишь по-разному формулируют запрет переработки произведения без разрешения автора. Тожественность этих двух прав означает, что право на неприкосновенность имеет исключительный, а не личный характер». *Судариков С.А. Право интеллектуальной собственности: учебник.* М., 2010. С. 115.

¹⁷ See: *Janssens M.-C. Belgium / Intellectual Property and Private International Law. Comparative Perspectives.* Ed. by T. Kono. Oxford: Hart Publishing, 2012. P. 348–353.

¹⁸ See: *Ancel M.-A. France / Intellectual Property and Private International Law. Comparative Perspectives.* P. 528.

ющими статус немущественных (право авторства и право на имя), где на него частично распространен режим немущественных прав — бессрочность охраны.

Во-вторых, в п. 2 ст. 1266 ГК РФ предусмотрены квалифицирующие обстоятельства (порочащие честь, достоинство и деловую репутацию автора), которые позволяют обращаться за защитой в соответствии со ст. 152 ГК. По этому поводу в п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.02.2005 № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» было подчеркнуто, что на требования о защите *немущественных (курсив наш — О.Л.)* прав в силу ст. 208 ГК РФ исковая давность не распространяется, кроме случаев, прямо предусмотренных законом. Такая формулировка, на наш взгляд, косвенно подтверждает, что в отечественной судебной практике право автора на неприкосновенность произведения воспринимается именно как немущественное право¹⁹.

В-третьих (но на самом деле во-первых, так как это и есть самое важное применительно к статусу иностранных граждан), как известно, Российская Федерация участвует в Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г. (далее — Бернская конвенция), в официальном тексте (переводе) на русском языке которой используется термин «личные немущественные права». В соответствии со ст. 6 bis «Личные немущественные права», «независимо от имущественных прав автора и даже после уступки этих прав, он имеет право требовать признания своего авторства на произведение и противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора».

Как следует из содержания ст. 6 bis Конвенции, право на неприкосновенность произведения конвенционно закреплено и отнесено именно к категории немущественных прав²⁰. Это означает, что Российская Федерация обязана имплементировать это право автора (по крайней мере, в отношении иностранных авторов, на которых распространяются нормы Конвенции) во внутреннее законодательство именно в категории немущественных прав²¹.

Правда, в Конвенции не предписан конкретный режим регулирования немущественных прав (за исключением срока охраны), и он может быть установлен государствами-участниками по собственному усмотрению. Однако в рассматриваемой ситуации (в отечественном законодательстве) получается, что именно режим права на неприкосновенность произведения неясен более всего (подразумеваемая возможность передать право; отсутствие четких ориентиров о категории неисключительных прав, к которой право на неприкосновенность относится; но при этом бессрочность охраны).

Соответственно, в отношении закрепления права на неприкосновенность приходится констатировать, что в ГК имеется пробел — не установлено, к какой категории прав

¹⁹ Хотя приходится признать, что постановления пленумов в рассматриваемой сфере иногда противоречат друг другу, как и мнения исследователей. Так, в п. 90 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» право разрешать внесение в произведение изменений, сокращений или дополнений (абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ) и право на обнаружение произведения, не обнаруженного при жизни автора (п. 3 ст. 1268 ГК РФ), охарактеризованы как «*иные интеллектуальные права, имеющие немущественный характер*».

²⁰ Термин «немущественные права» фигурирует также в ст. 11 (bis) официального русскоязычного текста Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений.

²¹ Как известно, в силу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, «если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

относится право на неприкосновенность произведения, соответственно, невозможно определить, каков режим охраны этого права, при том, что имеются законодательно закрепленные элементы режима охраны как неимущественных, так и иных прав. Исправить (отчасти или полностью) ситуацию, по нашему мнению, возможно одним из двух перечисленных далее способов, в зависимости от того, какого именно эффекта намерен достичь законодатель.

1. Неконструктивный, но все же возможный способ — заменить в официальном переводе Конвенции на русский язык термин «неимущественные права» термином «неисключительные права»²². Это помогло бы устранить возможные противоречия между Конвенцией и ГК РФ применительно к статусу иностранных авторов, если отечественные теоретики и практики все же сочтут, что место права на неприкосновенность произведения — среди иных прав автора.

2. Корректно и целесообразно, по нашему мнению, было бы уточнить в ГК РФ квалификацию права на неприкосновенность произведения именно как права неимущественного, признав, что некоторые характеристики произведения (в частности, объем и сокращение или дополнение), являются характеристиками «двойного функционирования». С одной стороны, это — характеристики произведения из сферы «видения» автором сути его творения, и в этом смысле они охраняются неимущественным правом, не могут быть отчуждены или переданы третьим лицам, а после смерти автора бессрочно охраняются и могут защищаться (но не осуществляться как неимущественное право самого третьего лица, поскольку не являются таковым) правопреемником в соответствии с волей первичного правообладателя, если она известна. То есть смены правообладателя от первичного к производному не происходит²³.

С другой стороны, эти же характеристики, касающиеся объема произведения, иллюстраций, комментариев и т.д., вполне материальны, когда речь идет о переработке произведения. В этом, уже другом — материальном — смысле вопросы внесения изменений в произведения осуществляются в режиме исключительного права. А в силу того, что письменные распоряжения автора приоритетны по сравнению с волей производного правообладателя, очевидно, что неимущественное право (право автора на неприкосновенность произведения) и имущественное право (право правообладателя — автора или правопреемника — на переработку произведения) довольно четко разделены по субъектному составу, по объекту охраны, сроком охраны и по остальным характеристикам.

На наш взгляд, кажущееся, но на деле не существующее, противоречие в рассматриваемой ситуации объясняется спецификой самой сферы регулирования авторского права — материально воплощенных нематериальных идей из области литературы, науки или искусства. Таким образом, по нашему мнению, «переходного состояния» между неимущественными и имущественными характеристиками при осуществлении права на неприкосновенность произведения не выявляется, оно вполне соответствует признакам неимущественного права, и его следует относить именно к этой категории неисключительных прав.

²² Это возможно, тем более, что аутентичный текст Конвенции написан на французском языке, где отсутствует классификация неимущественных и иных прав, а все авторские права делятся на имущественные, либо моральные (они же неимущественные, неисключительные) права.

²³ Э.П.Гаврилов, О.А.Городов и С.П.Гришаев придерживаются в этой ситуации другого мнения, полагая, что неимущественное право на неприкосновенность произведения представляет собой исключение из общего правила и может быть передано по договору: «Автор произведения может по договору предоставить своему договорному партнеру право вносить изменения в произведение, что будет являться передачей по договору личного права на неприкосновенность произведения». См.: *Гаврилов Э.П., Городов О.А., Гришаев С.П.* Указ.соч.

Право на обнародование произведения представляет собой право автора осуществить действие или дать согласие на осуществление действия, которое впервые делает произведение доступным для всеобщего сведения путем его опубликования, публичного показа, публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю либо любым другим способом. На первый взгляд, возникает впечатление, что это сугубо личное и не связанное с имущественными вопросами право автора. Однако анализ его правового режима характеризует его не в пользу неимущественного характера по ряду причин:

- право на обнародование произведения имеет «разовый» характер — оно реализуется единожды, после чего прекращает существование²⁴;
- реализовать право на обнародование произведения может не сам автор, а другое лицо, которому автор даст согласие на осуществление такого действия;
- реализация права на обнародование всегда сочетается с осуществлением какого-либо имущественного права;
- от права на обнародование можно отказаться (ст.1269 ГК РФ)²⁵.

Однако следует упомянуть, что право на обнародование произведения во многих странах относится к неимущественным правам, и на него распространяется режим охраны неимущественных прав: неотчуждаемость, непередаваемость и бессрочность охраны (например, во Франции²⁶). Возникает вопрос, насколько ситуация отнесения права на обнародование в законодательстве России и иностранных государств способна повлиять на статус иностранного правообладателя на территории России. Думается, это право автора не является настолько очевидно заведомо неимущественным для иностранных правообладателей, поскольку оно все же не закреплено в Бернской конвенции (хотя предложения об этом от представляющих государства делегаций поступали). Кстати, в ранее действовавшем российском законодательстве право на обнародование произведения относилось именно к неимущественным правам авторов. Это может в настоящее время в условиях неопределенности квалификации этого авторского права в российском законодательстве вводить в заблуждение иностранных правообладателей по поводу критериев охраны и договорных возможностей в отношении этого права.

Право на вознаграждение за служебное произведение, на первый взгляд, бесспорно должно относиться к имущественным правам, однако в соответствии с п. 2 ст. 1295 ГК РФ ему присущи и черты неимущественных прав — оно неотчуждаемо и не переходит по наследству. Таким образом, по своим характеристикам право на вознаграждение за служебное произведение находится «между» исключительными и неимущественными правами автора.

Право на отзыв (ст. 1269 ГК) представляет собой право автора отказаться от ранее принятого решения об обнародовании своего произведения (до фактического его обнародования). Оно «выглядит» как классическое неимущественное право, тесно связанное с личностью автора, однако его реализация законодательно связана с условием возмещения лицу, которому отчуждено исключительное право на произведение или

²⁴ За редким исключением, закрепленным в ст.1269 ГК РФ «Право на отзыв».

²⁵ В случае принятия решения об обнародовании произведения, но до его фактического обнародования, автор может отказаться от своего решения об обнародовании (право на отзыв, ст. 1269 ГК РФ). В этом случае предусмотрены два ограничения: 1) право на отзыв можно осуществить при условии возмещения лицу, которому отчуждено исключительное право на произведение или предоставлено право использования произведения, причиненных таким решением убытков; 2) правило не применяется к программам ЭВМ, к служебным произведениям и к произведениям, вошедшим в сложный объект.

²⁶ Сравнительное правоведение: национальные правовые системы. С. 245.

предоставлено право использования произведения, причиненных таким решением автора убытков. Это условие, как и в прежде рассмотренных случаях, ставит право на отзыв «между» неимущественными и имущественными характеристиками.

В результате анализа с известной степенью условности можно сделать вывод, что к иным правам в российском авторском законодательстве отнесены те права автора, которые как бы «не дотягивают» по своим характеристикам до однозначных стандартов исключительных или неимущественных прав, находятся «между» исключительными и неимущественными характеристиками²⁷:

- они не имеют качества неразрывной связи с личностью автора и могут переходить к другому правообладателю, будучи неразрывно связанными с исключительным правом или с самим произведением;
- объектом этих прав не всегда является само произведение или права на него как результат интеллектуальной деятельности, а иные весьма разнородные объекты: деньги, вещи, информация и др.

Используя подобную характеристику как ориентир, нам представляется допустимым расширить перечень иных прав автора и, помимо перечисленных в ст. 1226 ГК права следования и права доступа, отнести к таковым дополнительно:

- указанное в п. 2 ст. 1255 ГК право на обнародование;
- указанные в п. 3 ст. 1255 ГК право на вознаграждение за служебное произведение и право на отзыв;
- закрепленные в других статьях Кодекса права — право на получение вознаграждения за использование программы для ЭВМ и базы данных, созданных по заказу (ст. 1296 ГК) или при выполнении работ по договору (ст. 1297), право на изъятие экземпляров отозванного произведения (ст. 1269), право на осуществление авторского контроля и надзора (ст. 1294), право на использование знака охраны авторского права (ст. 1271), право на использование технических средств защиты авторских прав (ст. 1299) и на использование информации об авторском праве (ст. 1300).

Подводя итог, приходится еще раз констатировать, что классификация неисключительных прав автора в ГК РФ сформулирована нечетко и провоцирует ряд вопросов об отнесении того или иного неисключительного права к категории неимущественных или иных.

Очевидно, что когда речь идет об иностранных обладателях неисключительных авторских прав по праву России (т.е. на территории России в связи со спецификой правового регулирования трансграничных отношений интеллектуальной собственности) одних только доктринальных предложений по квалификации зафиксированных в ГК неисключительных прав автора недостаточно. Иностранцев авторов в существующей ситуации могут вводить в заблуждение как минимум такие факты, как ориентация на собственную национальную систему права и существующие в ней классификации и режимы охраны неимущественных прав; ориентация на классификацию неимущественных прав по Бернской конвенции; возможная ориентация на правовое регулирование неимущественных прав в соответствии с ранее действовавшим (до 1 января 2008 г.) российским законодательством, которое было в этой сфере гораздо более определенным и существенно отличающимся от современного регулирования в части четвертой ГК РФ.

²⁷ В доктрине есть мнение, что «этой категории прав был, по всей вероятности, осознанно придан неопределенный характер (хотя и без некоторых ненамеренных пробелов здесь, видимо, также не обошлось), при этом «неопределенность... возникла на чрезвычайно упорядоченном общем фундаменте». См.: Каминская Е.И. Указ. соч. С. 148.

Отсутствие четких классификационных ориентиров в отечественном законодательстве может привести к «разнобою» при квалификации судами неисключительных прав как неимущественных и иных (что уже наблюдается в отдельных Постановлениях Пленума Верховного Суда). Последующая объективная разница в режимах правового регулирования каждой группы прав может стать причиной неопределенности и нестабильности положения и правового статуса авторов в Российской Федерации, тем более — иностранных авторов. Дополнительный дисбаланс в этот вопрос вносят, возможно, не вполне совпадающие обязательства России по Бернской конвенции в части классификации неимущественных прав автора и формулировки соответствующих норм ГК РФ.

В связи с этим весьма важно закрепление именно на законодательном уровне четких критериев, по которым по крайней мере из числа неисключительных авторских прав можно было бы выявить неимущественные права (даже, возможно, оставив неисключительные права, не отнесенные к неимущественным, без однозначной характеристики и адресовав их к категории иных). При этом в действующем законодательстве также необходимо устранить неточности и пробелы, которые могут создавать видимость несоответствия внутреннего права Российской Федерации ее международно-правовым обязательствам и дестабилизировать статус иностранных авторов в части их неимущественных прав на территории России.



Библиография

Авилов Г.Е., Всеволоцкий К.В., Калятин В.О. и др. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Статут, 2008. 812 с.

Будник Р.А. Основы инклюзивной модели авторского права. М.: Юрлитинформ, 2014. 184 с.

Гаврилов Э.П., Городов О.А., Гришаев С.П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая. М.: Проспект, 2009. 784 с.

Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т.1. Часть Общая. Спб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1911. 793 с.

Данилин С.Н., Борисов А.Н. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса РФ (постатейный). М.: Деловой двор, 2015. 896 с.

Каминская Е.И. Личные неимущественные права автора: отказ от ненужных иллюзий или утрата ценностей? // Актуальные вопросы российского частного права: сб. ст. / сост. Е.А. Павлова, О.Ю. Шилохост. М.: Статут, 2008. 354 с.

Карелина М.Н. Авторское право. XXI век. М.: Российская академия правосудия, 2012. 372 с.

Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление, защита): автореф. дис... д-ра юрид. наук. М., 1997. 40 с.

Матвеев А.Г. Право авторства и право на неприкосновенность произведения в российском и международном авторском праве. М.: Юрлитинформ, 2013. 216 с.

Новоселова Л.А., Рожкова М.А. Интеллектуальная собственность: некоторые аспекты правового регулирования. М.: Норма, 2014. 128 с.

Сравнительное правоведение: национальные правовые системы. Т. 2. Правовые системы Западной Европы / под ред. В.И. Лафитского. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения, 2013. 768 с.

Fawcett J., Torremans P. Intellectual Property and Private International Law. Oxford: Clarendon Press, 1998. 593 p.

Goldstein P., Trimble M. International Intellectual Property Law. Cases and materials. NY: Foundation Press, 2012. 837 p.

Intellectual Property and Private International Law. Comparative Perspective. Ed.by T.Kono. Oxford: Hart Publishing, 2012. 215 p.

Overlapping Intellectual Property Rights. Wilkoff N., ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. 503 p.

The Non-Exclusive Rights Classification in the RF Civil Code in Context of the Foreign Author Status



Oksana V. Lutkova

Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya str., 923286, Moscow. Russia
E-mail: ovlutkova@mail.ru



Abstract

The subject of the research is the Russian Federation Civil Code norms declaring non-exclusive author's rights, non-exclusive authors rights classification and a possible influence on the foreign author status in the Russian Federation. Special attention was given to such aspects as: 1) identifying major signs of moral rights and other author rights under the RF law; 2) reviewing and clarifying the non-exclusive authors rights classification in the RF law on the basis of the identified characteristics of moral rights and other author rights; 3) assessing the classification of non-exclusive authors rights in the RF Civil Code in the framework of the Russian Federation international legal obligations; 4) analyzing doctrinal opinions and the enforcement practice on the subject; 5) anticipating possible problems in the regulation of foreign author moral rights in the Russian Federation and suggesting ways to resolve problems. The study applied the following methods: legal analysis, legal simulation, legal prediction, comparative law and historical analyses. The major findings in the study are as follows. Firstly, gaps have been identified in the classification of non-exclusive author's rights according to the RF Civil Code. Besides, proposals have been made to refine the classification in the light of law-making practices of individual states, the Russian legislation applicable before the RF Civil Code came into force and contemporary generalization of Russian enforcement practice and the Russian Federation international legal obligations (under Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1886). The author suggests classifying the right of integrity as moral right (other than those listed in art.1228 RF CC). Besides, the author suggests classifying as the other author rights other rights such as the right to disclose a work, right to recall the work and right to remuneration for the use of service-related work (other than those listed in art.1226 CC RF). Secondly, risks were identified of possible regulation problems of foreign author moral rights on the RF territory and solutions were suggested to remove them.



Keywords

non-exclusive authors rights, moral rights, the other author rights, foreign author status, rights of author, classification of the author's rights.

Citation: Lutkova O.V. (2015) The Non-Exclusive Rights Classification in the Russian Federation Civil Code in Context of the Foreign Authors Status. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 103–115 (in Russian)



References

- Avilov G.E., Vsevolozhskiy K.V., Kalyatin V.O. et al. (2008) *Kommentariy k chasti chetvertoy Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii (poglavnyy)* [Commentaries to Part Four of RF Civil Code]. Moscow: Statut, 812 p. (in Russian)
- Budnik R.A. (2014) *Osnovy inklyuzivnoy modeli avtorskogo prava* [Fundamentals of Copyright Inclusive Model]. Moscow: YurLitinform, 184 p. (in Russian)
- Gavrilov E.P., Gorodov O.A., Grishaev S.P. (2009) *Kommentariy k Grazhdanskomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii (postateynnyy). Chast' chetvertaya* [Commentary to RF Civil Code]. Moscow: Prospekt, 784 p. (in Russian)
- Gambarov Yu.S. (1911) *Kurs grazhdanskogo prava. T.1. Chast' Obshchaya* [Course on Civil Law. General Part]. Saint Petersburg: Tip. M.M. Stasyulevicha, 793 p. (in Russian)
- Goldstein P., Trimble M. (2012) *International Intellectual Property Law. Cases and materials. Third edition*. NY: Foundation Press, Thomson Reuters, 837 p.

- Danilin S.N., Borisov A.N. (2015) *Kommentariy k chasti chetvertoy Grazhdanskogo kodeksa RF (postateynny)* [Commentary to Part Four of RF Civil Code]. Moscow: Delovoy dvor, 896 p. (in Russian)
- Fawcett J., Torremans P. (1998) *Intellectual Property and Private International Law*. Oxford: Clarendonpress, 593 p.
- Kaminskaya E.I. (2008) Lichnye neimushchestvennye prava avtora: otkaz ot nenuzhnykh illyuziy ili utrata tsennostey? [Personal Non-property Rights: Abandoning Illusions or Losing Values]. E.A. Pavlova, O.Yu. Shilokhvost (eds.) *Aktual'nye voprosy rossiyskogo chastnogo prava* [Topical Problems of Russian Private Law]. Moscow: Statut, 354 p. (in Russian)
- Karelina M.N. (2012) *Avtorskoe pravo XXI vek* [Copyright 21st century]. Moscow: Russian Academy of Justice, 372 p. (in Russian)
- Kono T. (ed.) (2012) *Intellectual Property and Private International Law. Comparative Perspectives*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 215 p.
- Lafitskiy V.I. (ed.) (2013) *Sravnitel'noe pravovedenie: natsional'nye pravovye sistemy. T.2. Pravovye sistemy Zapadnoy Evropy* [Comparative Legal Studies: National Legal Systems. Vol. 2 Legal Systems of Western Europe]. Moscow: Institut zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya pri Pravitel'stve RF, 768 p. (in Russian)
- Maleina M.N. (1997) *Lichnye neimushchestvennye prava grazhdan (ponyatie, osushchestvlenie, zashchita)*. (Avtoref. diss. Doktor. Jurid. Nauk). [Personal Non-Property Rights of Citizens (Concept, Performance, Protection) (Summary of doctor of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 40 p.
- Matveev A.G. (2013) *Pravo avtorstva i pravo na neprikosновенnost' proizvedeniya v rossiyskom i mezhdunarodnom avtorskom prave* [Right of Authorship and Right of Integrity in Russian and International Copyright]. Moscow: Yurlitinform, 216 p. (in Russian)
- Novoselova L.A., Rozhkova M.A. (2014) *Intellektual'naya sobstvennost': nekotorye aspekty pravovogo regulirovaniya: monografiya* [Intellectual Property: Some Aspects of Legal Regulation]. Moscow: Norma, 128 p. (in Russian)
- Wilkof N., Basheer S. (eds.) (2012) *Overlapping Intellectual Property Rights*. Oxford: University Press, 503 p.

Заемный труд и неустойчивая занятость: российский и зарубежный опыт



Н.В. Закалюжная

доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин ФГБОУ ВПО «Брянский государственный университет имени академика И.Г. Петровского», кандидат юридических наук. Адрес: 241036, Российская Федерация, Брянск, ул. Бежицкая, 14. E-mail: natzaklaw@yandex.ru



Аннотация

Сегодня работодатели используют заемный труд, поскольку появилась неустойчивая занятость. В статье предпринята попытка определить, что относится к неустойчивой занятости в целом и к заемному труду, в частности. В работе указывается на многочисленные нетипичные формы занятости, имеющие место в развитых странах, говорится о нестабильности классических трудовых отношений. Заемный труд с его трехсторонней структурой как нельзя лучше показывает, насколько тонкой может быть грань между трудовым и гражданским правом. В статье также определяются дефиниция «неустойчивая занятость» и критерии неустойчивых форм занятости. Отмечается, что в условиях российской действительности отсутствие необходимой гибкости в трудовых отношениях приведет к уходу трудовых отношений из правового поля в тень, что противоречит интересам работников, предпринимателей и государства. Вектор правового исследования направлен на анализ заемных и схожих отношений, как в российской, так и в зарубежной практике. Указывается на имеющиеся в правовой практике отличия заемного труда от рекрутинга, аутсорсинга, аутстаффинга, временной работы и других схожих правоотношений. В исследовании определяются черты, свойственные заемному работнику в странах Европы. В настоящее время заемный труд стал широко распространенным явлением, а его правовое регулирование в нашей стране отстает. В связи с этим важно определить фактически сложившуюся систему взаимодействий в рамках заемного труда. Во многом положение работников определяется системой управленческих отношений, в которую они вовлечены. У заемных работников эта система сложнее, чем у штатных, поскольку они подчиняются не только тем, кто их нанял, но и тем, кто реально использует их труд. Поэтому важно рассмотреть идеальную правовую систему, которая сможет урегулировать соответствующие отношения, а затем определить, что имеется в реальности. Выводы в предложенной работе делаются с учетом социологических исследований, проводимых в сфере заемного труда в целях защиты прав работников в условиях современных экономических отношений. Выработка комплекса структурных и директивных норм регулирования заемного труда, направленных на установление правового статуса субъектов данного правоотношения — это возможный путь поиска компромисса, позволяющего защитить заемных работников и сохранить привлекательность бизнеса.



Ключевые слова

трудовое право, гражданское право, заемный труд, работник, работодатель, трудовой договор, нетипичная занятость, неустойчивая занятость, опыт.

Библиографическое описание: Закалюжная Н.В. Заемный труд и неустойчивая занятость: российский и зарубежный опыт // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 116–128.

JEL: K31; УДК: 331.16

В начале XXI века в связи с развитием автономных форм труда, новых информационных технологий и форм организации труда (в частности, постфордизма), глобализацией и международной конкуренцией все острее встает проблема гармонизации права, т.е. сближения норм российского трудового права с нормами трудового права зарубежных стран.

Заемный труд первоначально возник в секторах экономики с колеблющимся уровнем производства товаров и оказания услуг, обусловленным сезонными или иными эффектами. Поэтому розничная торговля, гостиницы, рестораны, ремонтные и транспортные организации интенсивно использовали услуги агентств по заемному труду. К концу 1950-х годов заемный труд прочно укоренился в таких странах, как Нидерланды, Швейцария и Великобритания, а вскоре — в других западноевропейских странах (Бельгии, Франции и ФРГ). Двумя основными видами агентств являются агентства, занимающиеся подбором персонала для работодателей (рекрутинговые), и агентства, которые сами предоставляют своих работников для временной работы в пользу третьих лиц (частные агентства занятости). Зачастую кадровые агентства выполняют функции как по подбору персонала, так и по предоставлению заемного труда. Крупнейшим объединением агентств такого рода является Международная конференция агентств заемного труда (СИЕТТ), штаб-квартира которой находится в Брюсселе¹.

В отличие от рекрутинга при заемном труде работник находится в распоряжении организации-пользователя, но остается наемным работником агентства. При заемном труде трудовые отношения продолжаются с агентством, чего не происходит при рекрутинге.

От заемного труда следует отличать и аутсорсинг, при котором предприятие передает внешней компании выполнение функций, не являющихся для данной организации профильными². Главное отличие аутсорсинга от заемного труда в том, что трудовые ресурсы не берутся в заем, а работники выполняют задачи заказчика, как правило, вне места нахождения последнего. Аутсорсинг — это экономическая категория, охватывающая передачу сторонним организациям непрофильных бизнес-процессов. При аутсорсинге между заказчиком и исполнителем возникают гражданско-правовые отношения (подряд) по поводу результатов выполненных работ, а не трудовые, как при заемном труде.

Важно отличать заемный труд от аутстаффинга. При этой кадровой технологии происходит выведение за штат работников организации при фактическом продолжении трудовых отношений с прежним нанимателем. При аутстаффинге заемный работник трудится длительное время в одной организации и выполняет практически те же трудовые функции, как и другие работники, занятые в этой организации, с тем различием, что он получает заработную плату не от организации, где он работает, а от агентства.

Заемный труд имеет место в тех случаях, когда труд носит временный характер и работник периодически трудится на временных заданиях в разных организациях-пользователях³. Именно в таких случаях работник в подавляющем большинстве стран считается заемным. Заемный труд можно определить как труд работников, которые состоят в трудовых отношениях с частным агентством занятости, и которые периодически направляются для выполнения временной работы в организациях-пользователях под руководством и с подчинением внутреннему трудовому расписанию последних. Возни-

¹ См.: Charter of International Confederation of Temporary Work Businesses // <http://www.ciett.org/about/0,000002,en,8,1,charter.htm> (дата обращения: 12.12.2014)

² Орлова Е.В. Операции по передаче непрофильных функций сторонними организациями (аутсорсинг): Особенности бухгалтерского и налогового учета // Налоговый вестник. 2004. № 1. С. 114–124.

³ Англ. — «temporary work», нем. — «Zeitarbeit», букв. — «временная работа».

кающие при займе работников отношения можно объединить в три группы: 1) работник — кадровое агентство; 2) работник — предприятие — пользователь; 3) кадровое агентство — предприятие — пользователь. Заемный работник — это физическое лицо, заключившее трудовой договор с агентством заемного труда для временной работы в пользу и под руководством третьих лиц (организаций–пользователей). Такое определение исключает тех работников, которые привлекаются непосредственно организацией–пользователем с помощью договора о предоставлении услуг или выполнении работ.

Профсоюзы исторически по-разному относились к заемному труду. В настоящее время профсоюзы в большинстве стран Европы признают потребность в заемном труде и, в принципе, не возражают против деятельности агентств заемного труда.

Заемный труд, не являющийся в России абсолютно новым явлением, в настоящее время получает все большее распространение. В начале 1990-х годов спрос на заемных работников на российском рынке формировался исключительно предприятиями с участием иностранного капитала. После 1998 г. для преодоления последствий кризиса постоянных работников отправляли в отпуск «без сохранения содержания», а на их место за меньшую плату нанимали временных работников. В прогнозах Международной конференции агентств заемного труда отмечалось, что частные агентства занятости могут создать в ближайшие годы 6,5 млн. рабочих мест⁴.

Правовой основой заемных отношений на международном уровне сегодня является Конвенция МОТ от 19 июня 1997 г. № 181 «О частных агентствах занятости» (ее Россия не ратифицировала) и одноименная Рекомендация МОТ № 188. В связи с широким распространением заемного труда в странах Европы Европейский парламент и Европейский Совет 16 декабря 1996 г. одобрили Директиву 96/71 о предоставлении работников в рамках оказания услуг с целью дальнейшего развития трансграничных услуг и Директиву Совета ЕС 91/383/ЕС от 25 июня 1991 г. об улучшении безопасности и гигиены труда работников, нанятых на основании срочных трудовых договоров, и работников заемного труда.

По оценкам Министерства здравоохранения и социального развития, количество заемных работников составляет в России от 100 тыс. до 300 тыс. человек⁵. К особенностям российского сектора агентских трудовых отношений относятся: их распространенность, помимо сферы услуг и промышленности, в строительстве и в финансовой сфере; отсутствие требований к квалификации работников; высокий спрос крупных компаний на данную форму трудовых отношений.

Несмотря на то, что универсального описания заемного труда не существует, на основе данных Европейского фонда улучшения условий жизни и труда можно обозначить основные характеристики, которые свойственны заемному работнику в Европе⁶.

Во-первых, в Западной Европе заемные работники, как правило, моложе, чем другие работники. В Германии средний возраст заемных работников составляет 37,5 года, что ниже, чем 41,4 года среди общего количества работников⁷. Данные из Испании говорят, что по крайней мере 84% всех заемных работников моложе 34 лет и 47,2% — моложе 25 лет. Такова же ситуация во Франции, Швеции и Дании.

⁴ International Confederation of Temporary Work Businesses. The Lisbon Strategy for Growth and Employment. Mid-term review at the European Council of March 2005. Brussels: CIETT, 2005.

⁵ Ильина Е. Заемный труд в России: узаконить нельзя запретить? [Электронный ресурс] // URL: <http://www.audit-it.ru/articles/personnel/a110/323705.html> (дата обращения: 16.06.14).

⁶ См.: Paoli P, Merllie D. Third European Survey on Working Conditions 2000. Luxembourg: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2001. 210 p.

⁷ Германское федеральное агентство занятости, 2011.

Во-вторых, уровень образования заемных работников ниже, чем в среднем среди работающих. Например, в Германии 5,7% всех заемных работников не окончили даже школу по сравнению с 1,5% работников с таким уровнем образования в экономике страны вообще. Кроме того, только 13,2% заемных работников Германии имеют высшее образование, тогда как в экономике в целом этот показатель равен 20,8%⁸. В Испании 38% всех заемных работников имеют только школьное образование, в том числе незаконченное, и только 6,8% имеют высшее образование⁹. По данным из Нидерландов, значительная часть заемных работников часто получает образование одновременно с работой.

В-третьих, прослеживается тенденция, что большие фирмы используют заемный труд чаще, чем малые. В Швеции 42,4% компаний с более чем 100 работниками используют заемный труд, тогда как этот процент составляет только 18,4% среди компаний, имеющих 20–99 работников. В Германии заемный труд используют 1% всех малых фирм (1–49 работников), 16,5% фирм с 40–499 работниками и 35,7% фирм с более чем 500 работниками¹⁰.

Сравнительный анализ законодательства европейских стран показывает, что одним из основных условий, необходимых для успешной интеграции заемного труда в социальную и экономическую структуру общества, является установление системы допуска только добросовестных фирм к деятельности на рынке заемного труда¹¹.

В начале XXI в. трудовое право столкнулось с такими вызовами, как: сужение сферы его действия в результате роста теневой экономики; развитие автономных форм труда, новых информационных технологий и форм организации труда (в частности, постфордизма — децентрализации производства и передачи его на субподряд); глобализация и международная конкуренция; усиление неолиберализма в экономической политике.

В противовес традиционным трудовым отношениям под все более широко распространяющейся нестандартной занятостью понимаются любые формы привлечения наемного труда с отклонениями от традиционного трудового договора в различных комбинациях. Формы нестандартной занятости многообразны и включают в себя как законные, так и выходящие за рамки права. К ним относятся виды работ, отклоняющиеся от стандартных по одному или нескольким признакам: срок действия трудового договора (срочные трудовые договоры), продолжительность рабочего времени (неполное рабочее время), место выполнения работы (от традиционного надомничества до современной телеработы), поденная работа, работа по вызову и др. Нестандартными являются также формы, при которых вместо работы непосредственно на работодателя человек выполняет работу через посредников: филиалы и организации, входящие в группы компаний («сетевые работодатели»), частные агентства занятости, субподрядчиков. Это «так называемые «расщепленные» трудовые отношения»¹². В связи с тем, что такие формы занятости часто оказываются неблагоприятными для работников, сформировались понятия «неустойчивые формы занятости», «неустойчивая занятость», содержащие оценочную окраску. Понятия нестандартных и неустойчивых форм занятости частично совпадают.

⁸ German Socio-Economic Panel (GSOEP), 2011.

⁹ Министерство труда и социальных отношений Испании, 2012.

¹⁰ Федеральное агентство занятости Германии, 2011.

¹¹ Это должны быть фирмы, имеющие управленческую компетенцию для оценки как потребностей в рабочей силе организаций-пользователей, так и квалификации заемных работников.

¹² Бизюков П.В., Герасимова Е.С., Саурин С.А. Заемный труд: последствия для работника. М.: Центр социально-трудовых прав, 2012. С. 12.

В Германии применяются следующие критерии для идентификации неустойчивых форм занятости:

- уровень заработной платы (все, что ниже 2/3 средней заработной платы, считается нетипичной занятостью);
- стабильность занятости (т.е. наличие и степень рисков увольнения, способность к получению занятости);
- доступ к повышению квалификации на предприятии;
- интеграция в систему социальных гарантий.

Под неустойчивыми понимаются все формы занятости как в формальной, так и в неформальной экономике, которые не дают работникам (или лишают их) основных социальных гарантий — от получения стабильной заработной платы и защиты от необоснованных увольнений до гарантий социальной поддержки и социального обеспечения. К неустойчивым формам занятости относятся: передача части функций организации на подряд другим компаниям на территории организации или вне ее (аутсорсинг), наем работников через агентства занятости (аутстаффинг), прием на основании краткосрочных договоров; оформление договоров с работниками как с индивидуальными предпринимателями и консультантами; установление длительных испытательных сроков, необоснованных периодов обучения для учеников; работа по вызову («on-call»).

Трудовой кодекс Российской Федерации (далее — ТК РФ) основан на концепции стандартного правоотношения. Он признает сторонами трудового отношения работника (лицо, вступившее в трудовые отношения с работодателем) и работодателя (физическое либо юридическое лицо (организация), вступившее в трудовые отношения с работником). Конструкция трехстороннего трудового договора законодательством не регулируется.

Первая система аргументов, обосновывающая возможность использования заемного труда, строится на нормах налогового законодательства. Это статьи Налогового кодекса Российской Федерации (далее — НК РФ), оперирующие понятиями «предоставление персонала» (ст. 148, 306 НК РФ), «договоры на предоставление персонала» (п. 18 ст. 255 НК РФ), «услуги по предоставлению работников (технического и управленческого персонала) сторонними организациями для участия в производственном процессе, управлении производством либо для выполнения иных функций, связанных с производством и (или) реализацией» (п. 19 ст. 264 НК РФ). На основании того, что НК РФ признает данные виды расходов, делается вывод, что подобные договоры имеют право на существование и могут использоваться для легальной минимизации налогообложения, что противоречит трудовому законодательству.

Другая система аргументов, обосновывающая возможность использования заемного труда, строится на нормах Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ). Согласно данному подходу, хотя договор предоставления персонала в ГК РФ и не предусмотрен, в соответствии с ч. 2 и 3 ст. 421 ГК РФ стороны могут заключать договор как предусмотренный, так и специально не предусмотренный законом или иными правовыми актами. Кроме того, стороны могут заключить смешанный договор (в данном случае — предоставления персонала), в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами. Эти аргументы также вызывают критику.

В правоприменительной практике оценка возникающих отношений по использованию заемного труда является неоднозначной. В практике арбитражных судов значительное число решений основывается на оценке использования модели заемного труда

как способа уклониться от уплаты налогов и страховых взносов и оценке обоснованности привлечения работодателя к налоговой ответственности. Предметом оценки арбитражными судами являются схемы, при которых организации уменьшают число сотрудников, переводя их в новые организации для работы на условиях заемного труда¹³. Практика судов общей юрисдикции не является четкой и последовательной. Число дел, в которых бы рассматривались требования, касающиеся признания незаконными схем оформления трудовых отношений через заемные агентства, крайне незначительно, и такие схемы признаются незаконными, а решения выносятся не в пользу заемных работников¹⁴.

Существует также практика привлечения к уголовной ответственности при использовании схем заемного труда. Так, по одному из дел, рассмотренному в 2004 г. в Республике Марий-Эл, судом было установлено, что, разделив компанию на семь фирм, применявших упрощенную систему налогообложения, руководство завода уклонилось от уплаты ЕСН на общую сумму около 7 млн. руб., что содержит состав преступления, предусмотренного ст. 199 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) (уклонение от уплаты налогов и сборов с организаций). Суд также признал, что действия по созданию компаний только для ухода от налогов должны квалифицироваться по ст. 173 УК РФ (лжепредпринимательство).

Однако опыт зарубежных стран свидетельствует, что легальные агентства заемного труда становятся непосредственными участниками рынка труда и позволяют решать задачи трудоустройства и перераспределения экономически активных лиц наряду с государственными службами занятости. Частные агентства занятости выигрывают в конкурентной борьбе с государственными структурами и нередко эффективно сотрудничают с ними в сфере консультирования безработных граждан. Отношения заемного труда фактически сложились в российской действительности, но адекватного правового регулирования пока нет. Как отмечает В.Г. Сойфер, в истории трудового права уже были похожие ситуации, когда трудовое законодательство «опаздывало» с регулированием трудовых отношений, существовавших на практике¹⁵. В странах с развитым представительством работодателей, в том числе самих частных агентств занятости, нередко принимаются кодексы этики и практики, осуществляется взаимная аккредитация профессиональным сообществом.

Отсутствие в России правового регулирования заемных отношений оценивается западными компаниями и некоторыми экспертами как признак отставания, как наследие плановой экономики, нацеленной на то, чтобы привязать человека на всю жизнь к одному месту работы, как препятствие развитию современных трудовых отношений. В связи с этим появившиеся в нашей стране частные агентства занятости инициировали во второй половине 2000-х годов разработку проекта закона «О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам».

Данный законопроект не был совершенным, и, естественно, менял правовое положение «новых» работников. Законопроект, в частности, предусматривал замену заемного работника по требованию пользователя, если он не соответствует требованиям пользователя, в том числе ввиду его «личных качеств, которые влияют на его деловые

¹³ Архив Арбитражного суда Брянской области.

¹⁴ Архив Бежицкого районного суда Брянска.

¹⁵ См.: Сойфер В.Г. Новые формы организации труда и вопросы их правового обеспечения // Законодательство и экономика. 2004. № 2. С. 41–45.

качества»; презумпцию заемного труда в случае отсутствия трудового договора с частным агентством занятости; заключение только срочных трудовых договоров с заемными работниками и широкие возможности частных агентств занятости по досрочному расторжению трудовых договоров; возможность перезаключения срочных трудовых договоров с заемным работником; возможность изменять трудовую функцию работника без его согласия, а также менять предприятия, на которые направляется работник; расширение (на шесть пунктов) перечня оснований увольнения по сравнению с ТК РФ.

Наличие данного законопроекта породило дальнейшие дискуссии относительно заемных отношений. 28 октября 2010 г. Межпарламентской Ассамблеей государств-участников СНГ был принят модельный закон «О деятельности частных агентств занятости», не предусматривающий право агентств заключать трудовой договор и выступать работодателем заемных работников.

В последние годы в России регулярно возникает вопрос о ратификации Конвенции МОТ № 181. При подписании Генерального соглашения между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством Российской Федерации на 2011–2013 г. было достигнуто согласие, что Конвенция № 181 не включается в число конвенций, которые Россия планирует ратифицировать в ближайшее время.

Определенным событием в рассмотрении вопросов заемных отношений было внесение 8 ноября 2010 г. депутатами М.В. Тарасенко и А.К. Исаевым на рассмотрение Государственной Думы законопроекта № 451173-5 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» («О мерах, препятствующих уклонению работодателей от заключения трудовых договоров путем необоснованного заключения договоров гражданско-правового характера, использования механизмов «заемного труда» или другими способами»), получившего неформальное название «О запрещении заемного труда». Законопроект был направлен на укрепление традиционного трудового правоотношения, однако следует признать, что в нем содержались положения, редакция которых, предложенная разработчиками, вызывает серьезные опасения.

После внесения законопроекта в Государственной Думе были получены письма из Ассоциации частных агентств занятости Ciett и Американской торгово-промышленной палаты, призывающие отклонить его. Чтобы не допустить затягивания правового регулирования уже существующих отношений по заемному труду, необходимо разработать и принять соответствующее законодательство с учетом зарубежного и международного опыта.

Важно учитывать, что трудовое право выполняет и экономическую функцию, что требует оценки обоснованности устанавливаемых ограничений и запретов, которые не должны сдерживать использование нетипичного труда, если это обусловлено особенностями производственных отношений и потребностями экономики. В связи с этим представляются необоснованными предложения о полном запрете заемного труда, нашедшие отражение в новой редакции ТК РФ. Сторонники подобной позиции не учитывают, что использование заемного труда продиктовано объективными потребностями работодателей, работников и экономики в целом.

Заемный труд прижился в России де-факто. Однако де-юре регламентация указанных отношений отсутствует, что очевидно приводит к лишению таких работников правовых гарантий в сфере труда. Более того, Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 116-ФЗ от 5 мая 2014 года¹⁶, который вступает в силу с 1 января 2016 г., вводит новую ст. 56.1 в ТК РФ,

¹⁶ СЗ РФ. 2014. № 19. Ст. 2321.

в соответствии с которой заемный труд запрещается. Согласно ч. 2 данной статьи заемный труд — это труд, осуществляемый работником по распоряжению работодателя в интересах, под управлением и контролем физического лица или юридического лица, не являющихся работодателем данного работника.

В соответствии с ТК РФ в правовой оборот вводится еще один вид нетипичных трудовых отношений — труд работников, направляемых временно работодателем к другим физическим или юридическим лицам по договору о предоставлении труда работников (персонала), который будет регламентироваться одноименной главой 53.1 ТК РФ (ст. 341.1–341.5). При комплексном анализе названных статей (отношений по договору о предоставлении труда работников (персонала)) возникает ощущение слишком уж «похожести» на отношения заемного труда, законодательно закрепленные в зарубежном праве. Каким образом они будут реализовываться у нас, покажет практика.

Пока следует отметить, что Федеральный закон № 116-ФЗ вносит изменения и в другие нормативные правовые акты, среди которых Закон Российской Федерации от 19 апреля 1991 г. № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации», Федеральный закон от 24 июля 1998 г. № 125-ФЗ «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний»,¹⁷ части первая от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ¹⁸ и вторая НК РФ от 3 августа 1998 г. № 117-ФЗ.¹⁹

Статья 18.1 Закона России от 19 апреля 1991 г. № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации», будет называться «Осуществление деятельности по предоставлению труда работников (персонала)». В соответствии с ней осуществление такой деятельности — это направление временно работодателем (далее — направляющая сторона) своих работников с их согласия к физическому или юридическому лицу, не являющемуся работодателями данных работников (далее — принимающая сторона), для выполнения данными работниками определенных их трудовыми договорами трудовых функций в интересах, под управлением и контролем принимающей стороны.

Важно отметить, что в настоящее время Минэкономразвития России подготовило проект федерального закона «О регулировании труда работников, направляемых временно работодателем, не являющимся частным агентством занятости, к другим юридическим лицам по договору о предоставлении труда работников (персонала)»²⁰. Предполагается, что данный законопроект будет регулировать правоотношения, возникающие при осуществлении трудовой деятельности работниками, направляемыми временно к другим юридическим лицам работодателем, не являющимся частным агентством занятости.

Согласно законопроекту, по договору о предоставлении труда работников исполнитель (юридические лица, в том числе иностранные и их аффилированные лица, не применяющие специальные налоговые режимы, за исключением физических лиц) обязуется направить временно своих работников с их согласия к заказчику (российские юридические лица или представительства иностранных юридических лиц, действующие на территории России, если они являются аффилированным лицом по отношению к исполнителю, акционерным обществом, если исполнитель является стороной акционерного соглашения об осуществлении прав, удостоверенных акциями такого акционерного общества, стороной акционерного соглашения с исполнителем) для выполнения этими работниками определенных их трудовыми договорами трудовых функций в

¹⁷ СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3803.

¹⁸ СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824.

¹⁹ СЗ РФ. 2000. №32. Ст. 3340.

²⁰ См.: СПС Консультант Плюс.

интересах заказчика и под его управлением и контролем, а заказчик обязуется оплатить услуги по предоставлению труда работников (персонала) и использовать труд направленных к нему работников в соответствии с трудовыми функциями, определенными трудовыми договорами, заключенными этими работниками с исполнителем.

При этом проект предусматривает, что исполнитель (а в соответствии с договором — иногда и заказчик) должен обеспечить выполнение всех норм трудового законодательства, в том числе по обеспечению безопасных условий и охраны труда и своевременной выплаты заработной платы направляемому работнику. Условия труда и отдыха направленных работников не могут ухудшать положение работника по сравнению с установленными трудовым законодательством, а условия оплаты труда должны быть не хуже, чем условия оплаты труда работников заказчика, выполняющих такие же трудовые функции и имеющих такую же квалификацию.

Кроме того, направление работников для выполнения трудовых функций у заказчика по договору о предоставлении труда работников (персонала) не допускается в целях замены участвующих в забастовке работников заказчика; выполнения работ в случае простоя (временной приостановки заказчиком работ); осуществления процедуры банкротства заказчиком; введения заказчиком режима неполного рабочего времени в целях сохранения рабочих мест при угрозе массового увольнения работников заказчиком; замены работников заказчика, отказавшихся от выполнения работы в случаях и в порядке, установленных трудовым законодательством, в том числе временно приостановивших работу в связи с задержкой выплаты им заработной платы на срок не более 15 дней.

Все обозначенные положения проекта закона, в особенности последнее, очень сильно напоминают нормы зарубежного законодательства о заемном труде. Получается, что в целом сегодня заемный труд запрещен, но с вступлением в силу указанного проекта с 1 января 2016 г. в отношении определенных организаций частично заемный труд разрешается, только называется он по-другому. На наш взгляд, не стоит «изобретать колесо» в отношении нетипичных форм занятости. Логичнее в целях защиты прав работников и в условиях современных экономических отношений принять федеральный закон «О правовом регулировании отношений заемного труда».

Понятно, что нетипичные трудовые отношения связаны с большим количеством рисков, чем традиционные. Но если посмотреть на классические трудовые отношения изнутри, с точки зрения индивидуального предпринимателя или фирмы, то сегодня не все так хорошо на практике, как прописано в ТК РФ. Полный запрет нестандартных форм занятости в целом является непропорциональной мерой. Негативные последствия использования таких форм занятости могут быть минимизированы путем адекватного законодательного регулирования и введения запретов и ограничений для указанных в нормативных актах случаев.

«Опыт применения Трудового кодекса Российской Федерации показал, что не все вопросы решены в нем удачно, некоторые из них требуют своего развития»²¹. Модернизация экономики, инновационные процессы требуют мобильного регулирования трудовых отношений. Помимо традиционных трудовых отношений между работниками и работодателями с четко определенным перечнем правомочий и обязанностей каждой из сторон трудового договора существуют нестандартные отношения, для которых характерна трехсторонняя связь: между работодателем и работником, работником и организацией (пользователем), работодателем и организацией, где применяется труд людей, состоящих в трудовых отношениях с другим работодателем.

²¹ Орловский Ю.П. Правовое регулирование трудовых отношений в современных условиях // *Хозяйство и право*. 2011. № 2. С. 48.

Принятие решения о легализации деятельности частных агентств занятости — это право каждой страны. Если профсоюзы чувствуют себя сильными и считают, что частные агентства занятости не нужны, наверное, необходимо отстаивать эту позицию. Но если такие агентства уже существуют, то по крайней мере есть международная норма, которая обязывает правительства предпринимать необходимые меры, чтобы работники, нанятые через частные агентства занятости, пользовались такими же правами, что и любые другие работники. Нельзя сказать, что лучшим выходом будет ратификация Конвенции № 181 «О частных агентствах занятости». Стандарты МОТ — это минимальные нормы для защиты в данном случае заемных работников, так как они более уязвимы, чем обычные.

Не следует забывать, что применять нормы Конвенции № 181 нужно добросовестно. Некоторые работодатели исходят из того, что посредством частных агентств занятости можно нанимать рабочую силу, обходить правовые положения и создавать условия, при которых страх у работников будет сильнее, чем стремление к правам. Очевидно, что в ближайшее время будет определяться судьба заемного труда в России, а сейчас мы находимся в переломной точке.

Кроме того, в 2013 г. Левада-центр по заказу Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» в рамках Стратегии–2020 провел социологическое исследование заемного труда²². Социологи опросили 1012 заемных работников, занятых в агентствах Kelly Services, Adecco, Ancog в Москве, Санкт-Петербурге, Перми, Ростове-на-Дону, Туле, Липецке, Иванове. Исследование говорит о значимости регулирования заемных отношений.

Так, приводятся данные, что в течение последних 10 лет число агентских работников в мире выросло втрое и сейчас их около 10 млн., или 1–5% занятого населения в тех странах, где применяется заемный труд. Лидером в применении заемного труда являются США, где более 2 млн. заемных работников, а в Европе — Великобритания и Германия. Масштабы распространения заемного труда на российских предприятиях в точности неизвестны. По различным оценкам экспертов, численность работников, нанятых агентствами для работы «за штатом» составляет от 70 до 300 тыс. человек или 0,1–0,4% занятого населения. В российской статистике заемные работники входят в состав занятых на непостоянной основе, общая численность которых в 2011 г. была около 5,5 млн. человек, или 8,3% занятого населения. При этом число занятых в неформальном секторе экономики, где изначально нет трудовых гарантий, намного выше: в июне 2012 г. в неформальном секторе работали около 14 млн. человек, или 19,5% занятого населения. Их число только увеличивается (по сравнению с 2008 г. в 1,5 раза).

Многочисленные нетипичные формы занятости, имеющие место в развитых странах, говорят о нестабильности классических трудовых отношений, а заемный труд (как форма таких отношений) с его трехсторонней структурой как нельзя лучше отражает этот своего рода «кризис идентичности» предмета трудового права и показывает, насколько тонкой бывает грань между трудовым и гражданским правом²³.

Чтобы не допустить затягивания правового регулирования уже существующих отношений заемного труда, необходимо разработать и принять соответствующее законодательство с учетом зарубежного и международного опыта. Трудовое право эволюционирует исходя из нынешних экономических условий, поэтому выработка комплекса структурных и ди-

²² О результатах опроса см.: Козина И.М. Работники заемного труда // Социологические исследования. 2013. № 5. С. 19–31.

²³ Подробнее о проблемах разграничения гражданского и трудового права см.: Куренной А.М., Маврин С.П., Хохлов Е.Б. Современные проблемы российского трудового права // Правоведение. 1997. № 2. С. 19–40.

рективных норм регулирования заемного труда, направленных на установление правового статуса субъектов данного правоотношения — это возможный путь поиска компромисса, позволяющего защитить заемных работников и сохранить привлекательность бизнеса.



Библиография

Бизюков П.В., Герасимова Е.С., Саурин С.А. Заемный труд: последствия для работника. М.: Центр социально-трудовых прав, 2012. 184 с.

Власов В.И., Крапивин О.М. Реструктуризация организаций и применение «заемного труда» // Гражданин и право. 2011. № 5. С. 42–54.

Джиоев С.Х. Правовые проблемы содействия трудовой занятости: Монография. М.: Проспект, 2006. 228 с.

Ильина Е. Заемный труд в России: узаконить нельзя запретить? // URL: <http://www.audit-it.ru/articles/personnel/a110/323705.html> (дата обращения: 16.06.2014)

Киселев И.Я. Трудовое право России и зарубежных стран: международные нормы труда. М.: Эксмо, 2005. 608 с.

Козина И.Н. Работники заемного труда // Социологические исследования. 2013. № 5. С. 19–30.

Куренной А.М., Маврин С.П., Хохлов Е.Б. Современные проблемы российского трудового права // Правоведение. 1997. № 2. С. 19–40.

Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения (цивилистическое исследование): учебное пособие Ярославль: ЯрГУ, 2008. 430 с.

Лушников А.М., Лушникова М.В. Очерки теории трудового права. СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. 938 с.

Орлова Е.В. Операции по передаче непрофильных функций сторонними организациями (аутсорсинг): особенности бухгалтерского и налогового учета // Налоговый вестник. 2004. № 1. С. 114–124.

Орловский Ю.П. Правовое регулирование трудовых отношений в современных условиях // Хозяйство и право. 2011. № 2. С. 48–52.

Сойфер В.Г. Новые формы организации труда и вопросы их правового обеспечения // Законодательство и экономика. 2004. № 2. С. 41–45.

Charter of International Confederation of Temporary Work Businesses // <http://www.ciett.org/about/0,000002,en,8,1,charter.htm> (дата обращения: 12.12.2014)

International Confederation of Temporary Work Businesses. The Lisbon Strategy for Growth and Employment. Mid-term Review at the European Council of March 2005. Brussels: CIETT, 2005. 340 p.

Paoli P., Merllie D. Third European Survey on Working Conditions 2000. Luxembourg: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2001. 210 p.

Contract and Agency Labor and Unstable Employment: Russian and Foreign Experience



Natal'ya V. Zakaluzhnaya

Associate Professor, Department of Civil Law Disciplines, Ivan Petrovsky Bryansk State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 14 Bezhitskaya Str., Bryansk, 241036, Russian Federation. E-mail: natsaklaw@yandex.ru



Abstract

Today an employer often uses contract and agency labor, as there appeared the conception of unstable employment. In this article an attempt to determine what is referred to the unstable employment and contract and agency labor on the whole and in detail. In this work numerous non-typical employment forms taking place in the developed countries are shown, it is said about instability of classical labor re-

lations and contract and agency labor as a form of such relations with its tripartite structure shows much better how thin a distinction between labor and civil law can be. In this article a definition of «unsteady employment» and the criteria of unsteady forms of employment are also defined.

It is noted that in the conditions of the Russian reality the absence of necessary flexibility in labor relations will lead to a drift of labor relations from a legal field to shade. That contradicts the employees, sole traders' and state interests.

Legal research vector directs to the analysis of contract and similar relations as in Russian as in foreign practice, it gets through the research of an international and Russian legal basis of contract labor finished with the analysis of modern draft law. It is pointed out that in legal practice there are the differences of contract and agency labor form recruiting, outsourcing, outstaffing, temporary work and other similar legal relations. In a given research the features appropriate to a noticeable employee in Europe are defined.

Nowadays, contract and agency labor has become widely-used in our country, but the law regulation is not up to-date. Therefore, it is important to determine the real system of coordination in the field of contract and agency labor to describe the future law regulation. A position of employees is much defined by a system of management relations in which they are involved. A system of noticeable employees is more complex than full-time employees because they are submitted not only to those who employ them, but to them who really use their labor. That's why it is important to deal with ideal legal system that can regulate corresponding relations and then to define what they have in reality. The conclusions in a given work are made according to sociological researches conducted in the field of contract and agency labor to protect employees rights in the conditions of modern economic relations.

Labor law is evolving according changing economic conditions, that is why formulation of a complex of structural and directive norms of contract labor regulation directed to determination of legal status of subjects of given legal arrangement is a possible way to seeking a compromise permitting to defend contract employees and to make business safe and attractive one.



Keywords

contract and agency labor, employee, employer, labor treaty, non-typical employment, unsteady employment, experience.

Citation: Zakaluzhnaya N.V. (2015) Contract and Agency Labor and Unstable Employment: Russian and Foreign Experience. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 116–128 (in Russian)



References

- Bizyukov P.V., Gerasimova E.S., Saurin S.A. (2012) *Zaemnyy trud: posledstviya dlya rabotnika* [Agency Labour: Consequences for Employee]. Moscow: ANO Tsentr sotsial'no-trudovyykh prav, 184 p. (in Russian)
- Dzhioev S.Kh. (2006) *Pravovye problemy sodeystviya trudovoy zanyatosti: Monografiya* [Legal Issues of Employment. Monograph]. Moscow: Prospekt, 228 p. (in Russian)
- Il'ina E. (2010) *Zaemnyy trud v Rossii: uzakonit' nel'zya zapretit'?* [Agency Labour in Russia: A Legal Non-sense]. Available at: <http://www.audit-it.ru/articles/personnel/a110/323705.html> (accessed: 16 June 2014).
- International Confederation of Temporary Work Businesses. (2005) *The Lisbon Strategy for Growth and Employment. Mid-term review at the European Council of March 2005*. Brussels: CIETT, 340 p.
- Kiselev I.Ya. (2005) *Trudovoe pravo Rossii i zarubezhnykh stran: mezhdunarodnye normy truda* [Labour Law in Russia and Abroad: Worktime Standards]. Moscow: Eksmo, 608 p. (in Russian)
- Kozina I.N. (2013) *Rabotniki zaemnogo truda* [Agency Employees]. *Sotsiologicheskie issledovaniya*, no 5, pp. 19–30.
- Kurennoy A.M., Mavrin S.P., Khokhlov E.B. (1997) *Sovremennye problemy rossiyskogo trudovogo prava* [Modern Problems of Russian Labour Law]. *Pravovedenie*, no 2, pp. 19–40.
- Lushnikov A.M., Lushnikova M.V., Tarusina N.N. (eds.) (2008) *Dogovory v sfere sem'i, truda i sotsial'nogo obespecheniya (tsivilisticheskoe issledovanie): uchebnoe posobie* [Agreements Relating to Family, Labour and Social Welfare (Civilist Research)]. Yaroslavl': YarGU, 430 s.
- Lushnikov A.M., Lushnikova M.V. (2006) *Ocherki teorii trudovogo prava* [Essays on Labour Law Theory]. Saint Petersburg: Izdatel'stvo R. Aslanova «Yuridicheskiy tsentr Press», 938 p.
- Orlova E.V. (2004) *Operatsii po peredache neprofil'nykh funktsiy storonnimi organizatsiyami (outsor-sing): osobennosti bukhgalterskogo i nalogovogo ucheta* [Transferring Non-Core Functions to Agency

Bodies (Outsourcing)]. *Nalogovyy vestnik*, no 1, pp. 114–124.

Orlovskiy Yu.P. (2011) Pravovoe regulirovanie trudovykh otnosheniy v sovremennykh usloviyakh [Legal Regulation of Labour Relations in Modern Environment]. *Khozyaystvo i pravo*, no 2, pp. 48–52.

Soyfer V.G. (2004) Novye formy organizatsii truda i voprosy ikh pravovogo obespecheniya [New Forms of Organizing Labour and the Issues of Legal Regulation]. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 2, pp. 41–45.

Paoli P., Merlie D. (2001) *Third European survey on working conditions 2000*. Luxembourg: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 210 p.

Vlasov V.I., Krapivin O.M. (2011) Restrukturizatsiya organizatsiy i primeneniye «zaemnogo truda» [Restructuring of Organizations and Use of Agency Labour]. *Grazhdanin i pravo*, no 5, pp. 42–54.

Фигура организатора в соучастии в преступлении и участии в организованной преступной деятельности



М.А. Саблина

аспирантка кафедры уголовного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000 Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: ma.a.sablina@yandex.ru



Аннотация

Статья посвящена проблеме определения границы между действиями исполнителя и организатора преступления. С этой целью фигура организатора анализируется с точки зрения института соучастия, а также в контексте статей, устанавливающих ответственность за создание организованной группы, преступного сообщества и руководство ими. Разобраны недостатки законодательного определения понятия «организатор». Проанализирована диспозиция ч. 1 ст. 210 Уголовного кодекса Российской Федерации с точки зрения разграничения соучастия в преступлении и участия в организованной преступной деятельности. Также предложен вариант изменения терминологии для обозначения субъектов преступлений, предусмотренных в указанной статье. Приводится обзор мнений различных авторов по вопросу о соотношении фигуры организатора в контексте института соучастия и организатора преступных сообществ и организованных групп. Рассмотрен на предмет полноты перечень статей, предусматривающих ответственность за создание организованной группы и преступного сообщества и руководство ими, закрепленный в ч. 5 ст. 35 УК РФ. Освещен вопрос квалификации действий лиц, входящих в состав организованной группы или преступного сообщества, при совершении ими конкретного преступления. Рассмотрены случаи, когда такие лица являются исключительно организаторами преступления и когда данная роль совмещается с непосредственным совершением преступления. Автор приходит к выводу об отсутствии в уголовном законодательстве четкой границы между исполнителем и организатором преступления, что приводит к сложностям в квалификации на практике. Предложены возможные пути устранения существующих противоречий между нормами Общей и Особенной частей УК РФ с целью более точного определения статуса организатора преступления, а именно: изменение формулировки ч. 3 ст. 33; дополнение перечня, содержащегося в ч. 5 ст. 35; изменение названий ряда статей Особенной части УК РФ; редактирование диспозиции ч. 1 ст. 210; отказ от сформированного судебной практикой подхода относительно признания всех участников преступных формирований соисполнителями совершаемого преступления вне зависимости от фактически выполняемой ими роли.



Ключевые слова

соучастие; исполнитель; организатор; организованная группа; преступное сообщество; бандитизм.

Библиографическое описание: Саблина М.А. Фигура организатора в соучастии в преступлении и участии в организованной преступной деятельности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 129–139.

JEL: K14; УДК: 343

Соучастие — один из фундаментальных и наиболее сложных институтов уголовного права. На протяжении всего периода его существования среди ученых ведутся дискуссии о соотношении различных видов соучастников, их ролей и степени общественной опасности совершаемых ими деяний. Некоторые действия, представляющие собой, по сути, организацию преступления, пособничество или подстрекательство, законодателем закреплены в качестве самостоятельных преступлений. В одних случаях это оправдано, в других — вызывает множество споров. Однако в любом случае возникает вопрос — где проходит граница между действиями исполнителя, как ключевой фигуры соучастия, и других соучастников? Наиболее остро он встает при разграничении ролей исполнителя и организатора, во-первых, ввиду формулировки ч. 3 ст. 33 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ), во-вторых, в связи с выработанным судебной практикой подходом, согласно которому все участники организованной группы и преступного сообщества признаются соисполнителями совершаемого таким объединением преступления.

Для ответа на поставленный вопрос рассмотрим законодательное определение понятия «организатор». Более подробно проанализируем его вторую часть с учетом статей Особенной части УК РФ. И в заключение остановимся на распределении ролей соучастников в организованной группе и преступном сообществе.

Организатором признается лицо, организовавшее совершение преступления или руководившее его исполнением, а равно лицо, создавшее организованную группу или преступное сообщество (преступную организацию) либо руководившее ими (ч. 3 ст. 33 УК РФ). Несовершенство приведенной дефиниции, во-первых, заключается в том, что законодатель определяет понятие через определяемое слово — «организатором признается лицо, организовавшее...». На данный недостаток обращают внимание многие авторы¹. Указанный недочет можно наблюдать и в толковом словаре С.И. Ожегова: «ОРГАНИЗАТОР, -а, -а, м. Тот, кто организует что-н»². По-другому обстоит дело с определением глагола «организовать». В словаре приводится несколько возможных значений: основать, подготовить, объединить, упорядочить, устроить³. Такой подход является более верным.

Во-вторых, дальнейшая часть легального определения содержит указание и на возможные действия организатора, как соучастника, и на отдельные составы преступления, в рамках которых следует говорить о совершившем его лице не как об организаторе, а как об исполнителе. Соучастником признается лицо, которое тем или иным образом способствует реализации преступного умысла совместно с другими лицами. Без преступления не может быть и соучастника. Организованная группа и преступное сообщество (преступная организация)⁴ согласно действующей концепции в уголовном праве — это формы соучастия лиц. Но сама форма не есть преступление, соответственно, в таком случае не может быть и организатора в смысле института соучастия.

Более того, вторая часть дефиниции некорректна с юридико-технической точки зрения. Законодатель использовал альтернативную формулировку: создание либо ру-

¹ См., напр.: Клименко Ю.А. Организатор в преступлении: понятие, виды, уголовно-правовое значение: автореф... дис. канд. юрид. наук. М., 2011. С. 20.

² Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка / URL: <http://www.ozhegov.com/words/20710.shtml> (дата обращения: 08.01.2015).

³ Там же. URL: <http://www.ozhegov.com/words/20714.shtml> (дата обращения: 08.01.2015).

⁴ Автор не проводит различий между терминами «преступное сообщество» и «преступная организация». По тексту они используются как синонимичные, взаимозаменяемые понятия.

ководство преступными формированиями — тогда как на практике возможно и сочетание этих действий. Обратим внимание также, что при вынесении приговоров по делам о создании организованной группы, преступного сообщества и/или руководства ими суды квалифицируют действия лиц по соответствующей статье Особенной части, как это предусмотрено ч. 5 ст. 35 УК РФ. Следовательно, вторая часть легального определения понятия «организатор» на практике никогда не применяется, поскольку основным субъектом подобных преступлений всегда выступает исполнитель, и подлежит применению соответствующая статья Особенной части. Налицо противоречие норм одной главы, закрепленных в ч. 3 ст. 33 и в ч. 5 ст. 35 УК РФ.

Выделение создания и руководства преступным сообществом или организованной группой в отдельные составы допустимо ввиду повышенной общественной опасности указанных действий. Однако, например, в ч. 1 ст. 210 установлена ответственность не только за создание преступного формирования и руководство им, но и за координацию преступных действий, создание устойчивых связей, разработку планов и создание условий для совершения преступлений, раздел сфер преступного влияния и преступных доходов между отдельными группами, а равно за участие в собрании организаторов, руководителей (лидеров) или иных представителей организованных групп в целях совершения хотя бы одного из указанных преступлений.

Разберем, какие из перечисленных действий, с точки зрения терминологии института соучастия, являются сугубо исполнительскими, а какие носят организаторский характер. Критерием такой классификации послужит направленность действий субъекта преступления. Если цель — поддержание существования и функционирования самой преступной организации, то подлежит применению статья Особенной части УК РФ, и привлекать лицо к ответственности следует в качестве исполнителя. Если же действия направлены на организацию совершения конкретного преступления (или их совокупности), пусть и с использованием всех возможностей преступной организации, то это сфера, которая должна регулироваться институтом соучастия.

Итак, к первой группе, бесспорно, относятся создание преступного сообщества и раздел сфер влияния и доходов.

Промежуточное положение занимают руководящие действия и участие в собраниях. В п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10.06.2010 № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участии в нем (ней)»⁵ (далее — Постановление № 12) раскрыто понятие «руководство преступным сообществом». Его содержание составляют осуществление организационных и (или) управленческих функций в отношении преступного сообщества, его структурных подразделений, а также отдельных его участников, как при совершении конкретных преступлений, так и при обеспечении деятельности преступного сообщества. Если отталкиваться от критерия, заданного выше, то в приведенной дефиниции допущено смешение. Выполнение лицом функций, связанных с совершением конкретных преступлений, — классическая роль организатора преступления, а не исполнителя.

Аналогичная ситуация и с участием в собраниях. Если последнее посвящено вопросам функционирования преступной организации, то должны применяться положения ст. 210. Если же предметом встречи служит обсуждение условий совершения конкрет-

⁵ Постановление Пленума Верховного Суда от 10.06.2010 № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участии в нем (ней)» // Российская газета. 2010. № 130.

ных преступлений, то речь должна идти о собрании организаторов преступления в смысле ч. 3 ст. 33. Наконец, координация преступных действий полностью воплощает организаторскую функцию, следовательно, подобные действия подлежат исключению из диспозиции ч. 1 ст. 210 УК РФ.

Таким образом, во избежание коллизий между главой 7 и ч. 1 ст. 210 УК РФ перечень действий, закрепленный в последней, необходимо ограничить следующими: создание преступного сообщества, раздел сфер влияния и доходов, а также руководящие действия и участие в собраниях, направленные исключительно на обеспечение деятельности преступного сообщества. На практике ст. 210 УК применяется редко. В 2010 г. по ч. 1 ст. 210 были осуждены 52 человека⁶, в 2011 — 73⁷, за 2012 — первое полугодие 2014 г. за организацию преступного сообщества были привлечены к ответственности 125 человек⁸.

Е.В. Топильская отмечает наметившуюся в последние годы тенденцию возбуждения уголовных дел по ст. 210 УК РФ, однако в суд они попадают с предъявлением обвинения по другим статьям⁹. В качестве объяснения такой ситуации автор рассматривает ряд недочетов законодательного закрепления норм об организации преступного сообщества. Субъектами преступления согласно формулировке рассматриваемой статьи выступают: организатор, руководитель, координатор, лидер, иной представитель организованной группы, участник преступного сообщества и, наконец, лицо, занимающее высшее положение в преступной иерархии. При этом специфика той или иной роли нигде не закреплена. Не наблюдается единообразия в использовании терминологии и в материалах судебной практики.

Так, например, из текста приговора Московского городского суда от 02.09.2010 г. («...неустановленное лицо, постоянно проживающее на территории Республики Т., являясь одним из организаторов и руководителей преступного сообщества...»¹⁰) неясно, в чем именно заключалась организаторская функция лица, отличная от руководящей. Понятию «организация преступного сообщества» посвящена вся ч. 1 ст. 210 УК РФ, а в ней содержится множество возможных форм деятельности субъекта преступления¹¹.

Для совершенствования понятийного аппарата, с учетом градации действий на исполнительские и организаторские, приведенной выше, возможным вариантом является

⁶ См.: Сводные статистические сведения о состоянии судимости в России за 2010 год / Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации // URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=837> (дата обращения: 24.01.2015).

⁷ См.: Сводные статистические сведения о состоянии судимости в России за 2011 год // URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=1272> (дата обращения: 24.01.2015).

⁸ См.: Сводные статистические сведения о состоянии судимости в России за 2012 год // URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=1776> (дата обращения: 24.01.2015); Сводные статистические сведения о состоянии судимости в России за 2013 год // URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=2363> (дата обращения: 24.01.2015); Сводные статистические сведения о состоянии судимости в России за первое полугодие 2014 г. // URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=586> (дата обращения: 24.01.2015).

⁹ См.: Топильская Е.В. Некоторые проблемы реализации уголовной ответственности по статье 210 Уголовного кодекса Российской Федерации // Адвокатская практика. 2013. № 4. С. 27–31.

¹⁰ Приговор Московского городского суда от 02.09.2010 // СПС КонсультантПлюс.

¹¹ См. аналогичные дела: Приговор Московского городского суда от 02.09.2010 // СПС КонсультантПлюс; Приговор Московского городского суда от 06.09.2011 // СПС КонсультантПлюс; Приговор Московского городского суда от 06.10.2011 // СПС КонсультантПлюс; Приговор Московского городского суда от 13.09.2012 // СПС КонсультантПлюс; Приговор Приморского краевого суда от 26.09.2013 и др.

изменение названия ст. 210 УК РФ на «Участие в преступном сообществе»¹². Участие может выражаться в создании (соответственно, субъектом преступления будет выступать создатель), в руководстве деятельностью преступного формирования (субъект — руководитель) и в членстве (субъект — член преступного сообщества). Аналогичное решение может быть предложено для ст. 205⁴, 208, 209, 239, 282¹, 282² УК РФ.

Такое деление позволит избежать путаницы с использованием понятий «организатор» и «организация» (как процесс деятельности). Более верно оно и с точки зрения законов логики. Создавая преступное формирование или руководя им, лица автоматически участвуют в его деятельности. Соответственно, участие является родовым понятием. Согласно действующей конструкции указанных выше статей участие рассматривается как один из вариантов организации преступного формирования, что в корне неверно.

Обсуждая вопрос о соотношении организатора в контексте института соучастия и организатора преступных сообществ и организованных групп, В. Прохоров придерживается позиции, что их деятельность тождественна в обоих случаях¹³. Разница лишь в объекте, на который направлены усилия. Указанную позицию разделяют и другие авторы¹⁴. Находит такой подход поддержку и в судебной практике. В п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда России от 17.01.1997 № 1 «О практике применения судами законодательства об ответственности за бандитизм»¹⁵ (далее — Постановление о бандитизме) закреплено, что под руководством бандой понимается принятие решений, связанных как с планированием, материальным обеспечением и организацией преступной деятельности банды, так и с совершением ею конкретных нападения. Аналогичная позиция изложена в п. 10 Постановления № 12.

С.А. Балеев, напротив, анализируя нормы о преступном сообществе, приходит к выводу, что законодателем допущено смешение двух разновидностей соучастия: «соучастие в преступлении» и «соучастие в организованной преступной деятельности»¹⁶. Сильным аргументом в пользу такого утверждения выступает замечание автора об отсутствии хотя бы в одной статье Особенной части УК РФ квалифицирующего признака «совершенного в составе преступного сообщества».

Опровергая данный довод, Н. Святенюк обращает внимание на конструкцию ст. 105 УК РФ, где в п. «ж» ч. 2 в качестве квалифицирующего признака убийства закреплено совершение преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, организованной группой, а в п. «з» указывается на совершение убийства, сопряженного с бандитизмом¹⁷. Соответственно, по мнению автора, банда рассматривается законодате-

¹² Учитывая, что на законодательном уровне каких-либо правовых различий между понятиями «преступное сообщество» и «преступная организация» не установлено, и судебной практикой они также не выработаны, правильнее выбрать один из вариантов.

¹³ См.: Уголовное право России. Общая часть: Учебник / под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. СПб., 2006. С. 592.

¹⁴ См., напр.: Малиновский В.В. Объективные признаки организационной деятельности // Законность. 2009. № 6. С. 38.

¹⁵ Постановление Пленума Верховного Суда от 17.01.1997 № 1 «О практике применения судами законодательства об ответственности за бандитизм» // Российская газета. 1997. № 20.

¹⁶ См.: Балеев С.А. О понятии соучастия в преступлении в действующем уголовном законе // Российский следователь. 2010. № 13. С. 17–19.

¹⁷ См.: Святенюк Н. Дифференциация ответственности и индивидуализация наказания за преступление, совершенное в соучастии // Уголовное право. 2008. № 3.

лем не как организованная группа, а как преступное сообщество¹⁸. Однако если мы обратимся к п. 11 постановления Пленума Верховного Суда от 27.01.1999 № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)»¹⁹, то увидим, что п. «з» выделен в составе ст. 105 в связи с тем, что более строгое наказание наступает за убийство, совершенное в процессе разбоя, вымогательства и бандитизма, т.е. последние выступают первичными преступлениями. Более того, в п. 2 Постановления о бандитизме закреплено, что «под бандой следует понимать *организованную устойчивую вооруженную группу* (курсив мой. — М.С.)...», а в п. 3 содержится указание на специфику данного вида организованной группы. Тем не менее, Н. Святенюк верно подметил возможную двусмысленность прочтения и возникающие сомнения относительно правовой природы банды.

Теперь остановимся подробнее на вопросе соотношения норм УК РФ об организованной группе.

Согласно ст. 33 УК РФ создание организованной группы либо руководство ею — сфера деятельности организатора преступления. При этом в соответствии с ч. 3 ст. 35 организованная группа — одна из форм соучастия. Выше уже были рассмотрены доводы и аргументы, подчеркивающие несогласованность указанных норм в части смешения организаторских и исполнительских действий, поэтому сейчас целесообразно акцентировать внимание на ч. 5 ст. 35 УК РФ.

Особенной частью УК РФ предусмотрено семь статей, устанавливающих ответственность за организацию преступного формирования различного вида: ст. 205⁴, 208, 209, 239, 282¹, 282². Однако, согласно ч. 5 ст. 35 УК РФ, привлечение к ответственности за создание организованной группы или преступного сообщества и руководство ими допускается только в случаях, предусмотренных ст. 205⁴, 208, 209, 210, 282¹ УК. Данный исчерпывающий перечень взамен формулировки «предусмотренных соответствующими статьями Особенной части настоящего Кодекса» был введен Федеральным законом от 3 ноября 2009 г. № 245-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и в статью 100 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

Освещая целесообразность принятия законопроекта в связи с необходимостью повышения эффективности борьбы с организованной преступностью, его авторы оставили без комментариев изменения в ч. 5 ст. 35 УК РФ, которые впоследствии были приняты²⁰. «Представляется, однако, что в этом ряду следовало упомянуть и преступление, предусмотренное ст. 239 УК РФ, недаром организация объединения, посягающего на личность и права граждан, большинством исследователей относится к одной из разновидностей организованной преступной деятельности»²¹.

¹⁸ Отличает по правовой природе банду от организованных групп и Ж.В. Виденькина. Автор в своей работе, посвященной ответственности за организацию преступного сообщества, пишет: «В 70% случаях суды не признают организованную группу преступным сообществом, полагая, что преступление совершено либо бандой, либо организованной группой». Подробнее см.: *Виденькина Ж.В. Ответственность за организацию преступного сообщества или участие в нем: научно-практическое пособие* / отв. ред. Н.Г. Кадников. М.: Юриспруденция, 2014. С. 2.

¹⁹ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27.01.1999 № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» // Российская газета. 1999. № 24.

²⁰ Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений Уголовный кодекс Российской Федерации и в статью 100 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Официальный сайт государственной Думы РФ // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=250820-5> (дата обращения: 29.06.2015).

²¹ *Аганов П.* Уголовно-правовое регулирование в сфере противодействия организованной преступности // Уголовное право. 2009. № 6. С. 6.

Вызывает недоумение и отсутствие в указанном перечне ст. 282² УК РФ, устанавливающей ответственность за организацию деятельности общественного или религиозного объединения либо иной организации, в отношении которых судом принято вступившее в законную силу решение о ликвидации или запрете деятельности в связи с осуществлением экстремистской деятельности, в то время как экстремистское сообщество, осуществляющее аналогичную деятельность, признается организованной группой.

А. Мондохонов также относит ст. 239 и 282² УК РФ к разновидности преступных формирований²². Однако вкупе со ст. 282¹ он считает их подвидами преступного сообщества, а не организованной группы. Возможно, на такое размышление наталкивает термин «экстремистское сообщество». Тем не менее, в ч. 1 ст. 282¹ прямо указано, что данное объединение признается организованной группой.

Теперь обратимся к вопросу распределения ролей соучастников при совершении преступлений, предусмотренных статьями, указанными в ч. 5 ст. 35 УК РФ. Анализируя признак группы и его интерпретацию в решениях Верховного Суда России, Н. Иванов отмечает, что согласно устоявшейся в судебной практике позиции в организованной группе могут быть только соисполнители²³. Разберем в качестве примера абз. 2 п. 19 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 18.10.2012 № 21 «О применении судами законодательства об ответственности за нарушения в области охраны окружающей среды и природопользования»²⁴. В нем содержится разъяснение, что действия всех членов организованной группы, принимавших участие в подготовке или в совершении незаконной рубки лесных насаждений, независимо от их фактической роли следует квалифицировать по ч. 3 ст. 260 УК РФ без ссылки на ст. 33. Аналогичная позиция содержится и в других постановлениях Пленума Верховного Суда Российской Федерации²⁵.

По уголовному закону отсутствие ссылки на ст. 33 УК РФ возможно только в соответствии с ч. 2 и 3 ст. 34, когда речь идет о совместном участии двух и более соисполнителей. Однако на законодательном уровне нигде не закреплено, что все участники организованной группы признаются соисполнителями, т.е. при совершении каждого преступления выполняют часть объективной стороны конкретного состава. Соответственно, подобная трактовка не может быть рассмотрена в качестве допустимого толкования норм уголовного закона.

Использование такого подхода не раз критиковалось в научных кругах. В.В. Питецкий предложил отдельный термин для трансформируемых в соисполнителей участников организованной группы — квазиисполнитель. При этом автор признает «несоответствие фактической роли соучастника (организатора, подстрекателя, пособника) с

²² См.: Мондохонов А. Вопросы уголовной ответственности за организацию преступного сообщества (преступной организации) // Уголовное право. 2010. № 2. С. 54.

²³ См.: Иванов Н. Группа и ее интерпретация в решениях Верховного Суда Российской Федерации // Уголовное право. 2014. № 1. С. 35.

²⁴ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 18.10.2012 № 21 «О применении судами законодательства об ответственности за нарушения в области охраны окружающей среды и природопользования» // Российская газета. 2012. № 251.

²⁵ См., напр.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27.12.2002 № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» // Российская газета. 2003. № 9; Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 09.02.2012 № 1 «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности» // Российская газета. 2012. № 35.

юридической оценкой его деятельности»²⁶, что некорректно с точки зрения законодательной логики.

Приравнивание всех участников организованной группы и преступного сообщества к соисполнителям по совершаемым такими объединениями преступлениям не позволяет в должной мере оценить степень общественной опасности совершенного отдельным лицом деяния. Так, Х.Г.Н. приговором Ростовского областного суда от 19.11.2013 № 12-1005²⁷ признана виновной по ч. 1 ст. 209 УК РФ (в ред. ФЗ от 27.12.2009 № 377-ФЗ), п. «а», «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ (в ред. ФЗ от 27.12.2009 № 377-ФЗ), ч. 3 ст. 30, п. «а», «е», «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ (в ред. ФЗ от 21.07.2004 № 73-ФЗ), ч. 3 ст. 222 УК РФ. Установлено, что на протяжении всего периода существования и деятельности банды Х.Г.Н. осуществляла постоянное руководство указанной группой, финансировала ее деятельность, а также принимала активное участие в подготовке и планировании совершения преступлений участниками группы. При этом непосредственного участия в убийстве граждан и приобретении оружия Х.Г.Н. не принимала. Ее действия носили исключительно организаторский характер. Тем не менее, она был привлечена к уголовной ответственности как соисполнитель.

М.С.В. и Х.И., входящие в состав банды (первый в качестве руководителя, второй — участника), среди прочего были обвинены в причинении тяжкого вреда здоровью И.Р.Р. при совершении покушения на убийство М.Р.Р. Обоим подсудимым по п. «а» ч. 3 ст. 111 УК РФ было назначено наказание в виде 8 лет лишения свободы. Тем не менее, М.С.В. являлся не соисполнителем данного преступления, а организатором. Он распределил роли участников по подготовке к убийству, поручив им взорвать машину М.Р.Р., где впоследствии оказался и И.Р.Р. Принимая во внимание, что организаторам преступлений, как правило, назначается более суровое наказание²⁸, уравнивание всех соучастников как соисполнителей не позволяет в полной мере соблюсти принцип справедливости при назначении наказания.

Аналогичный недочет в правоприменении возникает и в тех случаях, когда организатор преступления одновременно является соисполнителем преступления. Часть 2 ст. 34 УК РФ предписывает привлекать таких лиц к ответственности по статье Особенной части без ссылки на ст. 33 УК РФ. Тем не менее, организатор является наиболее опасной фигурой соучастия и в подобных случаях выполняет двойную роль в преступлении, а, следовательно, представляет большую общественную опасность, чем простой исполнитель. В связи с этим автор настоящей работы поддерживает предложение Ю.А. Клименко о необходимости ссылки на ч. 3 ст. 33 УК РФ во всех случаях уголовно-правовой оценки действий организаторов преступления, включая соисполнительство²⁹.

Таким образом, на текущий момент в уголовном праве России отсутствует четкое разделение ролей между исполнителем преступления и организатором. Согласно действующему законодательству, последний трансформируется в ключевую фигуру соучастия в двух случаях. Во-первых, когда речь идет об ответственности за создание организованной группы, преступного сообщества и/или руководство ими. Во-вторых, при

²⁶ Питецкий В.В. Виды исполнителя преступления // Российская юстиция. 2009. № 5 // СПС КонсультантПлюс.

²⁷ Приговор Ростовского областного суда от 19.11.2013 № 12-1005 // СПС КонсультантПлюс.

²⁸ См.: Арутюнов А.А. Указ. соч. С. 159; Качалов В.В. Организатор преступления в уголовном праве России: автореф... дис. канд. юрид. наук. М., 2004. С. 7, 20–21.

²⁹ См.: Клименко Ю.А. Указ. соч. С. 29.

привлечении к ответственности участников таких формирований как соисполнителей вне зависимости от фактически выполняемой ими роли при совершении конкретного преступления. Подобное нарушение конструкции института соучастия, по мнению автора, связано со смешением понятий «соучастие в преступлении» и «соучастие в организованной преступной деятельности».

С учетом рассмотренного выше для устранения существующих коллизий норм, регулирующих статус организатора преступления и ответственности за создание преступного сообщества и организованной группы и руководство ими, представляется возможным принятие следующих мер.

1. Изменение на законодательном уровне понятия «организатор» путем закрепления за ним лишь тех признаков, которые характеризуют данный вид соучастника преступления. Вариант редакции ч. 3 ст. 33 УК РФ: «Организатором признается лицо, руководившее подготовкой к совершению преступления и (или) его исполнением».

2. Дополнение ч. 5 ст. 35 статьями 239 и 282² УК РФ.

3. Изменение названий ст. 205⁴, 208, 210, 239, 282¹, 282² УК РФ путем замены слов «организация» и «создание» на «участие», которое является более общим по смыслу.

4. Внесение изменений в диспозицию ч. 1 ст. 210 УК РФ путем перечисления в ней только тех действий, которые являются сугубо исполнительскими.

5. Отказ от сформированного судебной практикой подхода, согласно которому все участники организованной группы и преступного сообщества признаются соисполнителями в рамках совершаемого ими преступления.



Библиография

- Агапов П. Уголовно-правовое регулирование в сфере противодействия организованной преступности // Уголовное право. 2009. № 6. С. 4–7.
- Арутюнов А.А. Соучастие в преступлении. М.: Статут, 2013. 408 с.
- Балеев С.А. О понятии соучастия в преступлении в действующем уголовном законе // Российский следователь. 2010. № 13. С. 17–19.
- Виденюкина Ж.В. Ответственность за организацию преступного сообщества или участие в нем: научно-практическое пособие / отв. ред. Н.Г. Кадников. М.: Юриспруденция, 2014. 136 с.
- Есаков Г.А., Рарог А.И., Чучаев А.И. Настольная книга судьи по уголовным делам / отв. ред. А.И. Рарог. М.: Проспект, 2007. 576 с.
- Иванов Н. Группа и ее интерпретация в решениях Верховного Суда РФ // Уголовное право. 2014. № 1. С. 32–36.
- Иванов Н. Соучастие в правоприменительной практике и доктрине уголовного права // Уголовное право. 2006. № 6. С. 29–32.
- Качалов В.В. Организатор преступления в уголовном праве России: автореф... дис. канд. юрид. наук. М., 2004. 21 с.
- Клименко Ю.А. Организатор в преступлении: понятие, виды, уголовно-правовое значение: автореф... дис. канд. юрид. наук. М., 2011. 30 с.
- Малиновский В.В. Объективные признаки организационной деятельности // Законность. 2009. № 6. С. 36–40.
- Мондохонов А. Вопросы уголовной ответственности за организацию преступного сообщества (преступной организации) // Уголовное право. 2010. № 2. С. 51–56.
- Питецкий В.В. Виды исполнителя преступления // Российская юстиция. 2009. № 5. С. 19–22.
- Сабитов Т. Принцип полноты квалификации преступлений // Уголовное право. 2010. № 1. С. 32–33.
- Святенюк Н. Дифференциация ответственности и индивидуализация наказания за преступление, совершенное в соучастии // Уголовное право. 2008. № 3. С. 44–49.

Топильская Е.В. Некоторые проблемы реализации уголовной ответственности по статье 210 Уголовного кодекса Российской Федерации // Адвокатская практика. 2013. № 4. С. 27–31.

Уголовно-правовое воздействие: монография / Г.А. Есаков, Т.Г. Понятовская, А.И. Рарог и др.; под ред. А.И. Рарога. М.: Проспект, 2012. 288 с.

Organizer in Crime Complicity and Participation in Organized Criminal Activity



Mayya Sablina

Postgraduate Student, Department of Criminal Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: maya.sablina@yandex.ru



Abstract

The paper is devoted to the issue of boundary identification between crime committer and organizer activities. For this purpose, the organizer figure is analyzed in terms of the crime complicity institute, as well as in the context of legal norms establishing responsibility for setting up an organized group or criminal community. Drawbacks of the legislative definition for the term *organizer* are considered. The disposition of p.1, Art. 210 of the Criminal Code of the Russian Federation is analyzed to delimitate crime complicity from participation in organized criminal activity. Alternative terminology for this crime subjects is suggested. The opinions of experts are presented on the question of correlation of organizer figure in criminal complicity and organizer of organized group and criminal community. The list of articles providing responsibility for organized group or criminal community creation and directing, fixed in p. 5, Art. 35 of the Criminal Code, is examined. The question is raised as to the qualification of actions of persons involved in organized group and criminal community. The cases where such persons are crime organizers exceptionally and when this role is combined with direct crime committing are considered. The author comes to a conclusion that the boundary between the crime committer and the organizer in criminal legislation is blurred, which leads to difficulties in law enforcement. The author offers possible ways to eliminate existing contradictions between General and Special Parts of the Criminal Code provisions to define the organizer role more exactly. Particularly, it is proposed by the author: to reword p. 3, Art. 33 of the Criminal Code; to expand the list contained at p. 5, Art. 35 of the Criminal Code; to change the headings of a number of articles of the Criminal Code; to repudiate court practice approach according to which all criminal organization participants are recognized as accomplices regardless of real role fulfilled by them.



Keywords

crime complicity; crime committer; organizer; organized group; criminal community; banditry.

Citation: Sablina M.A. (2015) Organizer in Crime Complicity and Participation in Organized Criminal Activity. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 129–139 (in Russian)



References

Agapov P. (2009) Uголовно-правовое регулирование в сфере противодействия организованной преступности [Criminal Law Regulation in Counteracting Organized crime]. *Uголовnoe pravo*, no 6, pp. 4–7.

Arutyunov A.A. (2013) *Souchastie v prestuplenii* [Involvement in a Crime]. Moscow: Statut, 408 p. (in Russian)

Baleev S.A. (2010) O ponyatii souchastiya v prestuplenii v deystvuyushchem uголовnom zakone [On Involvement in Crime in the Current Criminal Law]. *Rossiyskiy sledovatel'*, no 13, pp. 17–19.

Esakov G.A., Rarog A.I., Chuchaev A.I. (2007) *Nastol'naya kniga sud'yi po uголовnym delam* [Reference Book for a Criminal Judge]. Moscow: Prospekt, 576 p. (in Russian)

- Esakov G.A., Ponyatovskaya T.G., Rarog A.I. et al. (2012) *Ugolovno-pravovoe vozdeystvie: monografiya* [Criminal Law Effect. Monograph]. Moscow: Prospekt, 288 p. (in Russian)
- Ivanov N. (2014) Gruppy i eio interpretatsiya v resheniyah Verhovnogo Suda RF [Group and Its Interpretation in the Decisions of Supreme Court of Russia]. *Ugolovnoe pravo*, no 1, pp. 32–36.
- Ivanov N. (2006) Souchastie v pravoprimitel'noy praktike i doktrine ugovnogo prava [Accompliceship in Case Practice and Criminal Law Doctrine]. *Ugolovnoe pravo*, no 6, pp. 29–32.
- Kachalov V.V. (2004) *Organizator prestupleniya v ugovnom prave Rossii: (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk.)* [Organizer of Crime in Russian Criminal Law. (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Moscow, 21 p.
- Klimenko Yu.A. (2011) *Organizator v prestuplenii: ponyatie, vidy, ugovno-pravovoe znachenie. (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk.)* [Organizer of Crime: Concept, Types, Status in Criminal Law. (Summary of candidate of sciences dissertation)]. Moscow, 30 p.
- Malinovskiy V.V. (2009) Ob"ektivnye priznaki organizatsionnoy deyatelnosti [Objective Indications of Organized Activity]. *Zakonnost'*, no 6, pp. 36–40.
- Mondokhonov A. (2010) Voprosy ugovnoy otvetstvennosti za organizatsiyu prestupnogo soobshchestva (prestupnoy organizatsii) [Criminal Liability for an Organized Crime]. *Ugolovnoe pravo*, no 2, pp. 51–56.
- Pitetskiy V.V. (2009) Vidy ispolnitelya prestupleniya [Crime Committers]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 5, pp. 19–22.
- Sabitov T. (2010) Printsip polnoty kvalifikatsii prestupleniy [Complete Qualification of Crimes]. *Ugolovnoe pravo*, no 1, pp. 32–33.
- Svyatenyuk N. (2008) Differentsiatsiya otvetstvennosti i individualizatsiya nakazaniya za prestuplenie, sovershennoe v souchastii [Differentiated Liability and Individual Punishment]. *Ugolovnoe pravo*, no 3, pp. 44–49.
- Topil'skaya E.V. (2013) Nekotorye problemy realizatsii ugovnoy otvetstvennosti po stat'e 210 Ugolovnogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii [Issues of Administering Criminal Liability under Art. 210 of Russian Federation Criminal Code]. *Advokatskaya praktika*, no 4, pp. 27–31.
- Viden'kina Zh.V. (2014) *Otvetstvennost' za organizatsiyu prestupnogo soobshchestva ili uchastie v nem: nauchno-prakticheskoe posobie* [Liability for Organizing a Criminal Group or Activity in it. Manual]. Moscow: Yurisprudentsiya, 136 p. (in Russian)

Bank Secrecy: a Look at Modern Trends from a Theoretical Standpoint



Alexander Vishnevskiy

Professor, Department of Civil and Business Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: avishnevskiy@hse.ru



Abstract

Bank secrecy has long been recognized as one of the fundamental legal constructions in banker-customer relationships. Recent developments in legal regulation of it show that bank secrecy is subject to more and more limitations, i.e. more and more authorized bodies may have access to the relevant information and, moreover, in some cases the banks are obliged to inform the authorities about clients' transactions even without any request. Many scholars consider these developments as a limitation of bank secrecy which eventually may lead to its "death". The author argues that such an assessment is based on a one-sided approach to bank secrecy as a fundamental right of the bank's client. As a general rule, bank secrecy of this nature is understood to be one of the components of an individual's right to privacy, or — in the case of a legal entity — as one of the fundamentals of the legal status of a legal entity. Although such an approach is acceptable within a positivistic view on the legal theory, the author argues that a broader view on the matter is justified when the legal nature of bank secrecy is understood as a legal construction aimed at finding an optimal balance between private and public interests involved in the confidential sphere of banker-customer relationships. As a result the latest developments may be seen as attempts to find a new balance, the balance between private and public law aspects of bank secrecy which will be more adequate taking into consideration the realities of the contemporary banking and financial environment.



Keywords

bank, secrecy, banking law, private interest, public interest, customer.

Citation: Vishneskiy A. (2015) Bank Secrecy: a Look at Modern Trends from a Theoretical Standpoint. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 140–146 (in English)

It is unlikely to be a mistake to say that the main topic currently discussed with regard to bank secrecy is its limitations: exemptions from the general obligation of the bank to keep its client affairs confidential. Modern law is rich in examples, when bank confidentiality obligations are diminished, and more and more authorized bodies may have access to information within the scope of bank secrecy.

That is true. To illustrate this point let's have a look at some milestones.

The case of the Russian Federation is really remarkable. Initially the Banking Act¹ has listed just several cases when banking secrecy had to be revealed, namely:

- if the client is a legal entity, the data within the scope of banking secrecy could be provided to the client itself, to the courts, to the investigative authorities, arbitration bodies, auditors or financial authorities for the purposes of taxation;

¹ Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности» // Ведомости СНД и ВС РФ. 6.12.1990. № 27. Ст. 357 / СПС «КонсультантПлюс».

- if the client is a natural person, the data within the scope of banking secrecy could be provided to the clients, the courts and investigative authorities. In both cases, only when the case has been initiated officially and the account balance is under arrest or under the court's enforcement procedures.

That's it. The brevity of the wording of the law has left a lot of space for questions and could be easily criticized for lack of necessary legal accuracy, but this is not our topic — the idea here is to show the very limited number of cases and authorized bodies in relation to which banking secrecy might have been revealed under the mandatory provisions of the law.

If one takes time to have a look at the current version of the law², the difference is impressive — the wording of the relevant article covers several printed-out pages. On one hand, it provides more numbers of cases and bodies obliged to keep the data comprising banking secrecy — it includes not only banks, but also bodies authorized under the law to get the relevant information from the banks, and they bear the negative consequences of unlawful release of the respective information equally with the banks. But on the other hand — and this goes to the core of our article — the range of the bodies to which the information comprising banking secrecy may be released, and the range of the cases when it might be released is also multiplied. Now the list of bodies authorized to get the relevant information, apart from the courts and investigative authorities, includes:

- Audit Chamber,
- tax authorities,
- Pension Fund,
- Social Security Fund,
- enforcement authorities (bailiffs),
- other bodies defined by the President in case of inspection in accordance with anti-money-laundering legislation.

It is remarkable that the current version of the law does not even provide a final list of the bodies authorized to get the relevant information from the banks, yet allows for a procedure to be followed for widening the range of authorized authorities — as it was just mentioned with regard to potential money-laundering audits.

It is not our task to go into all the details and practical and theoretical aspects of these changes and developments — the data referred to above is enough to draw conclusion that the obvious trend in Russian banking law is the widening of the cases when, and the bodies to which, the information comprising banking secrecy can be revealed under the mandatory provisions of the law.

But the Russian example is not a unique one in the world of the contemporary banking law. It would not be the right approach for a brief article to go into a detailed comparative analysis of the different legal systems and traditions, so we'll mention just one, although it is the most remarkable example in the field of international banking law — the Directive 2003/48/EC. In respect of the issues within the scope of banking secrecy, this Directive has obligated the banks ("paying agents" in the terminology of the Directive) to provide the competent authorities with a certain amount information in cases of transfer of certain kinds of income ("interest payments" according to the terminology and as defined in the Directive), when the transfer is of cross-border nature, namely, interest payments are to be transferred from the country (Member State) where the bank is located to the beneficiary of the transfer located at another Member State.

² Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» (ред. от 13.07.2015) / СПС «КонсультантПлюс».

In the case of such a transfer, the bank is obliged to provide the competent authorities with information regarding the identity and residence of the beneficiary of the respective transfer, its account number and information regarding the transfer, including the amount of the transfer³.

The most remarkable feature of the Directive is that in cases and under circumstances listed in the Directive, the bank is obliged to inform the respective authorities under its own initiative, without any special request for them. This is really a shift of the philosophy of banking secrecy — the information is revealed not when the competent authorities have requested the information in accordance with the laws, but vice versa — the information is revealed because the bank in question does so under its own initiative. If traditionally the bank can be seen as the “keeper” of the client’s secrets and opens them only when the authorities request it (subject to the condition that they request it strictly under the laws and in no case otherwise), now it can be seen as a “watchdog” in relation to its client, and, in all cases covered by the Directive, the bank is reporting about the affairs of its client which were traditionally protected by banking secrecy rules. A really impressive shift, indeed! And that was not the end — the negotiations in progress at the official international level regarding the transparency of the information on bank accounts.

As a result there is no shortage of opinions that bank secrecy ceases to exist. Another approach may assess such a development of banking secrecy in a more positive way — if banking secrecy is considered and protected by the law as an absolute value, it may easily transform itself into a “cultural” tool of tax evasion. Like Shelley Stark puts it, “with the use of *Treuhand* accounts with lawyer-trustees protected by attorney-client privilege, the true owners, actors and beneficiaries of financial transactions are successfully hidden from government oversight”⁴.

We are not going to share or multiply the views stating, in a more or less categorical way, that the banking secrecy “bites the dust”⁵. And generally, we are not going to keep ourselves within the limits of just a “good or bad” approach. We believe that this remarkable trend which has so clearly (if not sharply) expressed itself in the sphere of banking secrecy is to be valued differently, if we take into account the very nature of this legal construction — banking secrecy — so deeply rooted in the sphere of banking law.

Indeed, banking secrecy has so long been established in the banker-customer relationship that we have started to consider it as a value-in-itself, as something obvious, as one of the imminent features of banker-customer relations. As a result of this traditional approach any development to the contrary is seen as a corruption of banking secrecy and as something which goes against the core of the bank’s attitude to its client and even against the core of banking as such. But such an assessment may prove to be wrong if the nature of banking secrecy is seen and assessed not *just* within the limits — however wide — of the banker-customer relationship, but in a wider context of banking law.

First of all, it should be noted that banking secrecy is traditionally developed in different legal systems as a *private law institution*.

Let’s take as an example the banking law of England — such an approach would be more than justified if we take into consideration that the banking law of England is the classical

³ Article 8 of the Directive 2003/48/EC 3 June 3, 2003 On Taxation of Saving Income in the Form of Interest Payments // Official Journal of the European Union. 2003. L 157/38.

⁴ Stark S. Bank Secrecy: *Treuhaund* accounts obviate new OECD tax evasion rules. // <http://www.viennareview.net/news/front-page/banking-secrecy>.

⁵ The expression which became famous after the article by Andrew Willis in *Businessweek* under the title “Bank Secrecy Bites the Dust in Europe” // http://www.businessweek.com/globalbiz/content/mar2009/gb20090313_953226.htm/.

example of development of banking law as the private law of banker-customer relations with only subsequent intrusion of public mandatory rules, mostly due to the involvement of the United Kingdom (as a member state of the European Union) into international developments in banking laws.

English banking law has accepted bank secrecy as an implied condition of contract between the bank and its customer. This view is rooted in considering the banker-customer contract as a type of an agent-principal contract, thus the features of agent principal relations are generally applicable to banker-customer relations in a way that is compatible with the peculiarities of those relations. One of the traditional duties of an agent to its principal in English law is the duty of confidentiality. The level of confidentiality might be different in different types of agent-principal relations. For example, in the case of a solicitor and his/her client, the duty of confidentiality is practically absolute. In the case of banker-customer relationships, the duty of confidentiality is qualified. Generally, English banking law provides for the four exceptions applicable to banker-customer relationships, when the bank is allowed or even obliged to release the banking secrecy. This approach has been established in *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*⁶, where Bankes LJ has expressed the following:

“On principle, I think the qualifications can be classed under four heads: (a) where disclosure is under compulsion by law; (b) where there is a duty to the public to disclose; (c) where the interests of the bank require disclosure; (d) where the disclosure is made by the express or implied consent of the customer”.

For the purposes of our research the most important is the following. Whatever the qualifications to bank secrecy, the English authors are unanimous in understanding of bank secrecy as rooted in the private law of banker-customer relationships, and not imposed by any public law requirements. Like G. Penn and J. Wadsley put it, “Many countries have a statutory law relating to the banker’s duties of secrecy. In England the law is judge-made, and based on a term implied into the contract between banker and customer”⁷.

Thus, English experts confirm the approach, that banking secrecy is a legal construction of a private law nature — in the case of English law it is an implied condition of a contract between banker and customer, but not a requirement of a statutory nature.

But such a situation cannot be seen as true only in relation to English law, which is more of a judge-made than statutory nature. It may be confirmed, that even in countries where the legal system is based on the law, the nature of banking secrecy is similar — it is not created by any legal act, it is elaborated in the course of private banker-customer relationships and as such may be recognized by an official legal (banking) act.

Let’s refer, for example, to an assessment expressed by the Swiss expert — an expert from the country traditionally considered as a citadel for banking secrecy. “Banking and exchange secrecy, which in practice means confidentiality of the information, is based upon the obligations provided for by a private law, in particular implied accessory obligation in accordance with the rules on contracts and agency (p.1 art. 398 of the Obligation Laws Code), as well as on the right of the client on privacy (art. 28 of the Obligation Laws Code)”⁸. Taking into consideration the historical development of the Swiss banking system, including the fact that bank

⁶ [1924] 1 K.B. 461.

⁷ Penn G.A., Wadsley J. *The Law Relating to the Domestic Banking*. L., 2000. P.137. For a similar approach see, for example: Ellinger E.P., Lomnicka E., Hooley R.J.A. *Ellinger’s Modern Banking Law*. 4th ed. Oxford: University Press, 2006. P. 165.

⁸ *Нобель П. Швейцарское финансовое право и международные стандарты*. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 1011.

secrecy was a well-known feature of the Swiss banking world long before the introduction of the Obligation Laws Code, as well as long before the introduction of criminal sanctions for breach of banking secrecy in the Swiss Federal Banking Act 1934, it is obvious that even in the country with a legal system based on legal enactments and famous for its banking secrecy, the nature of banking secrecy is that of a private law institution, and that private law institution is not imposed by the law, but developed as an implied condition of a contract between banker and customer, and only later may be recognized by a statutory rule.

This approach will be correct also with regard to the other European countries with legal systems based on written and officially enacted laws. For example, Professor C. Gavalda and J. Stoufflet — leading experts in French banking law — expressly state that obligation to keep confidentiality is a traditional obligation of a banker from time immemorial⁹. German experts used to state that in German law “there is no express statutory rule providing that a financial institution shall treat the matters of its customers or of third persons confidentially. Instead of this, the duty to keep such matters confidential is derived from the contractual relationship existing between the financial institution and customer, this relationship implying a generally fiduciary duty”¹⁰. Italian experts also confirm that Italian banking legislation does not provide for any definition of banking secrecy, and the legal doctrine links banking secrecy either to commercial usage or to the principle of fairness¹¹. The same situation is true with regard to the Netherlands¹². Trust that there are enough examples to prove this approach.¹³

What follows from a situation in which banking secrecy is a private law institution by its nature? We are of the opinion that the vitally important condition of efficiency of a private law institution is finding the correct balance between the private interest represented by this institution, on one hand, and the public interests affected by this institution, on the other. With regard to the legal system in general it may be proven in the general theory of law, but our task is smaller — to show, that this is true regarding bank secrecy¹⁴.

In what way does bank secrecy as a private law institution affect or be affected by public law interests? There are at least two important consequences of this.

Firstly, every time we assess a legal institution in terms of its nature as either a private or public law institution, a correct relation between public and private law aspects is to be kept in mind. It is interesting to note that the answer to the question about the correct relations between these two aspects is given in the very place where the distinction between private and public law is presented, but that aspect is often overlooked. Justinian’s Roman law *Institutiones*

⁹ Гавальда К., Стуфле Ж. Банковское право. М.: Финстатинформ, 1996. С. 101; Gavalda C., Stoufflet J. et autres. Le secret professionnel dans la CEE et la Suisse. Paris, 1973. P. 77.

¹⁰ Sandrock O., Klausling E. Germany // European Banking Law: the Banker-Customer Relationship. London, 1993. P. 92.

¹¹ Cotterli S. Italy // European Banking Law: the Banker-Customer Relationship. London, 1993. P. 113-114.

¹² Roelvink J., Lodewijk J. The Netherlands // European Banking Law: the Banker-Customer Relationship. London, 1993. P. 131-132.

¹³ It might be argued, that in Russia banking secrecy has been introduced by the legislation and not developed by commercial usage — that is true, but this does not deny the general situation, because development of the Russian commercial banking system has taken place under quite different circumstances — first the banking laws allowing commercial banking have been introduced, and after that the development started. So, the Russian example is an exemption which just confirms the general rule.

¹⁴ It should be mentioned that with regard to business law in general the idea of counteraction of private and public interests has been addressed in: Курбатов А.Я. Соотношение частных и публичных интересов в правовом регулировании предпринимательской деятельности. М.: Юринфор, 2001.

state the distinction between private and public law not as a value *per se*, but in a wider context — a context of justice which is understood as giving to everybody what really belongs to him (*jus suum cuique tribuens*). In this wider context the distinction between private and public law makes sense only to the extent that both private and public aspects of the law are given “what belongs to them”, and this is what leads to the true justice.

Secondly, if the first consequence is correct, we are to search for a specific shape of the balance between the private and public interests with regard to bank secrecy. In what sense can bank secrecy be understood as satisfying both private and public interests?

The existence of a private interest in bank secrecy does not require lengthy argumentation — it is obvious, that an individual or a business is naturally interested in keeping his/its banking/commercial affairs in secret.

As for the public interest in bank secrecy, the most frequently mentioned aspect is that it is not to be abused against public interests. In this respect, bank confidentiality is not supposed to play a role of “a cloak for wrongdoing, often on a massive scale,” when fraudsters in many shapes and sizes may use the banking system “to spirit away their ill-gotten gains”¹⁵.

That is definitely correct. But this is not the only aspect in which public interest is present in bank secrecy. Apart from this, so to say, “negative” aspect, there is also a positive one — in the case where a banker is not following confidentiality rules in its relations with clients, it will bring substantial damages both to its reputation (with possible losses in clientele) and to the financial system as a whole, because in such a case the trust to the financial system will be lost. Therefore it is in the banker’s best interest as a commercial entity to keep the rules of bank secrecy.

This is a really important aspect, and we regret to say that it has not been given proper attention in the doctrine of banking law — in many cases bank secrecy is considered as a value for the customer only¹⁶, but not for the bank.

If we take this into consideration twofold — containing both private law and public law interests of bank secrecy- its nature reveals itself not just as a part of a fundamental right of an individual for privacy (or in case of a commercial client, as one of the fundamentals of its legal status), but more like a legal construction aimed at balancing the public and private interest with regard to the information which goes to the “possession” of a banker in the course of its professional (business) activities. It is not a private interest to keep one’s own affairs confidential, but the necessity to get the proper balance of public and private interests with regard to the confidential information which justifies bank secrecy from a standpoint of the legal theory. A look at bank secrecy as a “fundamental right of a client”, etc. may be justified only within the narrow limits of a positivistic approach to the law, but fails to satisfy the interest of a researcher at a deeper level.

So, what’s going on with bank secrecy in the contemporary legal world? It is not a corruption of this legal construction; not a “death”¹⁷ of bank secrecy. The latest developments may be seen as attempts to find the new balance, the balance between private and public law aspects of bank secrecy which will be more adequate taking into consideration the realities of the contemporary banking and financial environment. Needless to say, this process is not an easy one, and in reality may lead to other disbalance — in this respect we do share the concerns of the respected authors who are talking about destruction of bank secrecy. Our intention in this article

¹⁵ Cranston R. *Principles of Banking Law*. Oxford, 1997. P. 179. See also: Naylor R. *Hot Money*. L., 1987.

¹⁶ See, for example: Белов В.А. *Банковское право России: теория, законодательство, практика*. М., 2000. С. 213–214.

¹⁷ See, for example: Турбанов А. и др. *Смерть банковской тайны? // Закон*. 2014. № 10. С. 19–25.

is a theoretical one — to shift the long established one-sided view on the nature of bank secrecy to a more all-enveloping approach which makes it possible to find a more balanced solution to the contemporary issues of financial markets.



References

- Belov V.A. (2000) *Bankovkoye pravo Rossii: teoria, zakonodatelstvo, praktika* [Banking Law in Russia: Theory, Legislation, Practice]. Moscow: Jurinform, 395 p.
- Cotterli S. (1993) Italy // *European Banking Law: the Banker-Customer Relationship*. L: Macmillan, pp. 9–128.
- Cranston R. (1997) *Principles of Banking Law*. Oxford: Blackwell, 515 p.
- Ellinger E.P. et al. (2006) *Ellinger's Modern Banking Law*. 4th ed. Oxford: University Press, 886 p.
- Gavalda C., Stoufflet J. (1996) *Bankovskoye pravo* [Banking Law] Moscow: Finstatinform, 190 p. (in Russian)
- Gavalda C., Stoufflet J. et autres (1973). *Le secret professionnel dans la CEE et la Suisse*. Paris: PUF, 77 p.
- Kurbatov A.Ya. (2001) *Soontnosheniye chastnyh i publicnyh interesov v pravovom regulirovanii predprinimatelskoy deyatel'nosti* [Correlation of Private and Public Interests in Legal Regulation of Business]. Moscow: Jurinform, 212 p. (in Russian)
- Naylor R. (1987) *Hot Money*. L.: Sweet and Maxwell, 480 p.
- Nobel P. (2007) *Schveitzarskoye finansovoye pravo I mezhdunarodnye standarty* [Swiss Financial Law and International Standards]. Moscow: Wolters Kluwer, 1152 p. (in Russian)
- Penn G., Wadsley J. (2000) *Law Relating to Domestic Banking*. L.: Sweet and Maxwell, 797 p.
- Roelvink J., Lodewijk J. (1993) The Netherlands // *European Banking Law: the Banker-Customer Relationship*. London: Arnold, pp. 129–144.
- Sandrock O., Klausning E. (1993) Germany // *European Banking Law: the Banker-Customer Relationship*. London: Hutchinson, pp. 61–108.
- Stark S. (2008) Bank Secrecy: *Trehaund* Accounts Obviate New OECD Tax Evasion Rules // <http://www.viennareview.net/news/front-page/banking-secrecy>
- Turbanov A. et al. (2014) Smert bankovskoy tainy? [Death of Bank Secrecy?] *Zakon*, no 10, pp. 19–25.
- Willis A. (2009) Bank Secrecy Bites the Dust in Europe // http://www.businessweek.com/globalbiz/content/mar2009/gb20090313_953226.htm.

Федерализм в международном частном праве Европейского Союза



Е.В. Постникова

доцент кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 1010000 Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: epostnikova@hse.ru



Ж. Эйманн

профессор факультета права Лионского (Люмьер) университета, доктор права. Адрес: Рю Университе, 4, Лион 69007, Франция. E-mail: Jeremy.Heymann@univ-lyon2.fr



Аннотация

Учитывая, прежде всего, тенденции развития экономической интеграции, выразившейся в широком распространении интеграционных объединений, возможно, понятие федерализма следует отождествлять не только лишь с формой территориального устройства государства, но также с некоторыми международным организациям и/или межгосударственным объединениям. В качестве наиболее яркого примера выступает Европейский Союз (ЕС). При объединении государств в союз на основе принципа федерализма предстоит решить, на кого будет возложена обязанность регулирования коллизий в частноправовой сфере при множественности правовых систем. Основная цель исследования заключается в определении того, кому принадлежит компетенция в сфере регулирования вопросов МЧП в ЕС, а также в выявлении влияния федеративных черт, присущих ЕС, на отношения государств-членов ЕС в сфере МЧП. На основе анализа доктрины, а также учредительных договоров ЕС и практики Суда ЕС в статье выделяются характерные для ЕС элементы федерализма, при этом подчеркивается отсутствие единогласия среди представителей доктрины в отношении правовой природы ЕС. Компетенция ЕС, как внутренняя, так и внешняя, в сфере МЧП является компетенцией ограниченной. Унифицируя нормы государств-членов в области конфликта законов и споров о подсудности, ЕС вышел за рамки своей компетенции, в частности, нарушив как принцип субсидиарности, так и принцип пропорциональности. В статье на примере решений Суда ЕС по делам в отношении двойной фамилии рассматривается влияние материального права ЕС на механизмы национально-правового регулирования вопросов, входящих в сферу МЧП. Федеративные черты ЕС произвели настоящий переворот в отношении традиционного понимания конфликтов законов, что привело к возникновению нового типа конфликта — «диагонального конфликта». Логика федерализма влечет для МЧП государств-членов последствия, которые, в основном, принимают форму конституционных ограничений и концентрируются в сфере основных свобод ЕС. В итоге заимствования черт федерализма коллизии законов в рамках ЕС впредь должны пониматься как совокупность и традиционных частноправовых вопросов, и вопросов разделения компетенций, которые теперь рассматриваются с точки зрения конфликта юрисдикций.



Ключевые слова

федерализм, международное частное право, федерация, конфликт законов, федерация государств, Европейский Союз, право ЕС.

Библиографическое описание: Постникова Е.В., Эйманн Ж. Федерализм в международном частном праве Европейского Союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 147–164. JEL: K33; УДК: 342

Федерализм в международном частном праве (далее — МЧП) — комплексная тема, лежащая на пересечении публичного и частного права. Публичная составляющая здесь является главенствующей. Универсального определения федерализма не существует, о чем свидетельствует большое разнообразие подходов по данному вопросу¹. Д. Элазар предложил целый ряд причин, лежащих в основе расхождения взглядов на сущность федерализма, а также типологию политических федеративных систем². Ж.-Ф. Обэр в отношении федеративного государства подчеркивает, что никогда не удавалось определить его сущность таким образом, чтобы это показалось достаточным всем теоретикам³.

В российской науке конституционного права понятие федерализма часто неразрывно связано с федеративным устройством государства⁴. Однако обращаясь к трудам некоторых отечественных, но, в основном, зарубежных специалистов в области конституционного и международного права, учитывая тенденции развития экономической интеграции, выразившейся в распространении интеграционных объединений, понятие федерализма не следует полностью отождествлять лишь с формой территориального устройства государства⁵. Следует также говорить о федерализме применительно к некоторым международным организациям и/или межгосударственным объединениям.

Особого внимания заслуживает в свете нашего исследования доктринальный подход, согласно которому следует разграничивать понятия федерации и государства. При этом разные исследователи приводят различные основания разграничения. О. Бо ссылается на критерий суверенности (в том числе говоря о разделении полномочий между федерацией и субъектами, о двойном гражданстве в смысле гражданстве федерации и субъектов, критически относясь к терминам разделенного, ограниченного суверенитета)⁶. Игнорируя классическую доктрину конституционного права, он противопоставляет федерацию идее суверенитета и делает вывод, что федерация — это союз государств, который не обладает качеством государства, а является «особым политическим объектом»⁷. Под это определение как раз и подпадает Европейский Союз (далее — ЕС). По его мнению, классическая доктрина, проводящая разграничение между международным публичным правом и внутригосударственным правом с точки зрения суверенитета, упускает общую идею федеративного союза⁸. Э. Золлер отличает унитарное государство от федерации государств не на основании суверенитета, но исходя из сути понятия государства⁹. При этом данный

¹ См. классификацию концепций форм реализации федерализма: *Stewart W.-H. Concepts of Federalism*. Boston: University Press of America, 1984.

² См. подробнее: *Elazar D. Federal System of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*. Harlow, 1994. P. 15; *Elazar D. Exploring Federalism*. Tuscaloosa, 1987. P. 18.

³ *Aubert J.-F. Traité de droit constitutionnel suisse*. Vol. 1 // Neuchâtel: Ides et Calendes. 1967. n. 510. P. 195.

⁴ См., напр.: *Червонюк В., Калинин И., Иванец Г.* Энциклопедический словарь «Конституционное право России». М., 2002 // URL: determiner.ru/dictionary/543 (дата обращения: 15.04.2015); *Глигич-Золотарева М.В., Добрынин Н.М.* Синергетика федерализма (часть 1) // Право и политика. 2006. № 11. С. 5–16; *Бредихин А.Л.* Федеративная система Российской Федерации // СПС КонсультантПлюс; *Черниченко С.В.* Контуры международного права. Общие вопросы. М., 2014. С. 239.

⁵ *Elazar D.* Op. cit. P. 15–21.

⁶ *Beaud O.* La puissance de l'État. Paris, 1994. P. 147; *Beaud O.* Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération // RDP. 1998. P. 83–122.

⁷ *Beaud O.* Op. cit. P. 94.

⁸ *Ibid.* P. 92.

⁹ *Zoller É.* Aspects internationaux du droit constitutionnel, Contribution à la théorie de la fédération d'États // RCADI. 2002. no 24, 25. P. 63–64.

исследователь подчеркивает, что федерация государств также является суверенным образованием с точки зрения международного права.

Когда государства собираются объединиться в союз на основе федеративного принципа, предстоит решить на кого будет возложена обязанность регулирования коллизий в частноправовой сфере при множественности правовых систем. Речь идет как о межгосударственном (в рамках образованного союза государств), так и о международном уровнях (вне рамок этого союза).

Таким образом, может ли объединение государств в союз привести к возникновению конкуренции компетенций (государств и союза) в сфере регулирования вопросов МЧП, или, напротив, оно создает систему, в рамках которой иерархия отношений между государствами и союзом наделяет последний высшей властью и исключительной компетенцией в отношении регулирования указанных вопросов? Четкий и однозначный ответ на поставленный вопрос найти крайне сложно, поскольку создание государствами интеграционного объединения приводит к формированию своеобразного «клубка правовых систем», распутать который очень трудно. Тем не менее, стоит полагать, что данная проблема неразрывно связана с федерализмом и всеми значениями, которые может принимать данный термин. Если говорить точнее, то основная трудность заключается в том, что федерализм является, прежде всего, идеей, формой государственного устройства, которая может выражаться в различной организации систем государственных органов, но которая, тем не менее, подчиняется одной закономерности: поиск подходящей формы единства с сохранением определенной степени разнообразия. Иначе говоря, субъекты стремятся к единству, стараясь не утратить при этом присущие им особенности.

С этой точки зрения большой интерес вызывает ЕС. В статье будет рассматриваться федерализм самого ЕС и никак не будет затрагиваться территориальное устройство его государств-членов. Главная цель исследования, посвященного федерализму в МЧП ЕС, заключается в определении, в основном на основе учредительных договоров, кому принадлежит соответствующая компетенция: Союзу или государствам-членам, а также в выявлении влияния федеративных черт, присущих ЕС, на отношения государств-членов и ЕС в сфере МЧП.

Сразу может возникнуть вопрос: насколько оправдано говорить о федерализме применительно к ЕС? Прежде всего, попытаемся прояснить, хотя бы в общих чертах, вопрос о его правовой природе, не вдаваясь в детали и не ставя целью поставить точку в этой дискуссии.

Правовая природа Европейского Союза

Прежде всего вспомним историю формирования европейской идеи первой половины XX века¹⁰, в рамках которой одним из ведущих был проект Соединенных Штатов Европы (СШЕ), предлагающий образец США в качестве основы объединения европейских стран. Так что идея федерализма применительно к ЕС не является новой. С момента принятия Договора об учреждении Европейского объединения угля и стали и до настоящего момента Европейские Сообщества (ныне — ЕС) характеризуются тенденцией постоянного развития. В российской доктрине активно велись споры о международной правосубъектности ЕС, особенно до вступления в силу Лиссабонского

¹⁰ См. в том числе: Юмашев Ю.М. Развитие «Европейской идеи» после Первой мировой войны: от «Паневропы» Куденхова-Калерги до «неофункционализма» Э. Хааса и межгосударственной теории интеграции А. Моравчика // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 6(37). С. 70–82.

договора¹¹. Представители российской и европейской доктрины права называли ЕС и международной межправительственной организацией¹², и международной организацией с элементами наднациональности¹³, и наднациональной организацией как разновидностью международной организации¹⁴, и международной организацией особого рода (*sui generis*)¹⁵, и интеграционным образованием, радикальным образом отличающимся от международной организации¹⁶, и наднациональной организацией (в противопоставление международной организации)¹⁷, и наднациональной организацией политической власти¹⁸, и политическим объектом с неопределенным содержанием («Objet Politique Non Identifié» — франц.)¹⁹, и конфедерацией²⁰ и даже «федерацией государств-наций»²¹.

¹¹ Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union // Official Journal C 115, 09.5.2008. См.: Мюллер-Графф П.-К. Лиссабонский договор в системе первичного права Европейского Союза / пер. Юмашева Ю.М. // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 1. С. 80–99.

¹² Pellet A. Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire. Collected Courses of the Academy of European Law. The Hague/Boston/London, 1994. Vol. 1–2. P. 193–271.

¹³ Т. Хартли ссылается на мнение других специалистов по праву ЕС (М. Раффер, К. Уолтер): ЕС — это международная организация с элементами наднациональности. Критериев, которые бы позволили выделить наднациональную организацию в отличие от международной организации, пока не существует. В ЕС превалирует межгосударственное сотрудничество. См.: Hartley T. European Union Law in a Global Content: text, cases, materials. 2004. P. 145–155.

¹⁴ Т. Хартли рассматривает ЕС как международную организацию с наднациональной компетенцией, а не как федеративное государство. Наднациональная организация является одной из разновидностей международных организаций. См.: Hartley T. Op. cit. P. 145–155. И. Кунц считал, что международное право в целом должно быть наднациональным. Kunz J. Supranational organs // A.J.I.L. 1952. Vol. 4. P. 695–698. Ю.А. Тихомиров включает в рамки родового понятия «международная организация» понятие «межгосударственное объединение» и наделяет последнее чертами интеграционного объединения. См.: Вишняков В.Г., Егиазаров В.А., Королев Ю.А. и др. Право и межгосударственные объединения. СПб., 2003. С. 13. Е.Б. Ганюшкина считает, что термин «межгосударственное объединение» шире понятия «международная организация». См.: Ганюшкина Е.Б. Правовая природа межгосударственных объединений / Правовые исследования: новые подходы. Сборник статей факультета права НИУ ВШЭ / ред.: Е.Н. Салыгин и др. М.: КОНТРАКТ, 2012. С. 483.

¹⁵ См., например: European Union Law. Cases and materials / D. Chalmers, G. Davies, G. Monti. 3rd ed. Cambridge, 2014. P. 2–41 passim.

¹⁶ Л.М. Энтин квалифицирует ЕС как интеграционное образование, радикальным образом отличающимся от международных организаций. См.: Европейское право: учебник / под ред. Л.М. Энтина. М., 2005. С. 28–43.

¹⁷ В науке международного права (преимущественно, в зарубежной) распространена точка зрения, что необходимо отличать наднациональные организации от классических международных организаций. См., напр.: Усенко Е.Т. Проблемы экстерриториального действия национального закона // Московский журнал международного права. 1996. № 2. С. 13–31. В одном из трудов немецкой школы по международному праву подчеркивается отличие наднациональной организации и международной организации в силу характера действия их правовых актов. См.: Витцтум В. и др. Международное право. М., 2011. С. 351.

¹⁸ См., например: Введение в право Европейского Союза: учебник. 3-е изд. / Кашкин С.Ю., Калиниченко П.А., Четвериков А.О. М., 2010. С. 12.

¹⁹ См.: Quermonne J.-L. Existe-t-il un modèle politique européen? // Rev. fr. sc. pol., 1990. P. 192–211, spéc. P. 194.

²⁰ Н.А. Ушаков предложил рассматривать наднациональные организации как современную модель конфедеративных объединений государств. См.: Ушаков Н.А. Государство в системе международно-правового регулирования. М., 1997. С. 50–58. См. также: Elazar D. Op. cit. P. 18.

²¹ Delors J. Ma vision d'une Fédération des États-nations // Le Monde des Débats, juillet-août 2000. P. 5.

Как отмечает в своей работе А.А. Моисеев, основной особенностью ЕС, имеющего международно-правовую природу, следует считать его надгосударственный характер, который проявляется как объективный процесс, отражающий потребности гармонизации развития как Союза, так и государств-членов²². Закономерно возникает вопрос о содержании понятия надгосударственности или наднациональности и присущих ему чертах. Среди черт ЕС, представляющих собой надгосударственные особенности права европейской интеграции, А.А. Моисеев выделяет: приоритет права ЕС над внутригосударственным правом; волеизъявление надгосударственной организации имеет нормативную силу через принятие соответствующих правовых актов и прямое действие на территории государств-членов; Комиссия и Парламент ЕС представляют не государства, а народы и обладают независимостью от государств-членов; для достижения целей учредительных договоров институты ЕС имеют возможность самостоятельно расширять пределы своей компетенции²³. При этом подчеркивается особенность надгосударственных элементов ЕС, которые нельзя отождествлять с элементами, присущими некоторым традиционным международным организациям. С позиции наднациональности интересны, в том числе ст. 207, 218 и 352 Договора о функционировании Европейского Союза (далее — ДФЕС).

П.-К. Мюллер-Графф квалифицирует ЕС как международно-правовое объединение и выделяет следующие особенности формируемой правовой модели ЕС: сохранение идеи сочетания наднациональных и межгосударственных элементов деятельности Союза; подтвержденный практикой, если не федеративный, то по крайней мере квазифедеративный характер данной деятельности²⁴; Лиссабонский договор не наделяет Союз компетенцией принимать в одностороннем порядке самостоятельные меры в сфере действия компетенций государств-членов против их воли²⁵. Кроме этого, он отмечает, что в Лиссабонском договоре еще сильнее выделяется значение принципа «приданных компетенций» (принцип законности или наделения компетенцией)²⁶, что свидетельствует о стремлении подчеркнуть международно-правовую основу Союза как транснациональной общности. Кроме того, закрепляется наднациональный характер принятия Советом решений, обязательных для государств-членов, существенно расширяется сфера действия наднационального регулирования²⁷.

Некоторые европейские исследователи придерживаются также точки зрения, что в рамках ЕС процесс федерализации находится на стадии становления и в результате была сформирована совокупность институтов, образующих комплексную правительственную структуру с еще не определившейся природой: федеративной или конфедеративной. Д. Элазар в качестве примера конфедерации как одной из форм реализации федерализма приводит ЕС, подчеркивая его стремление к федерализации²⁸. О. Бо видит

²² Моисеев А.А. Надгосударственность в современном международном праве. М., 2007. С. 160, 170.

²³ Там же. С. 173–174.

²⁴ Например, в качестве аргумента можно сослаться на примат права ЕС (принцип верховенства права ЕС) по отношению к национальному праву государств-членов. См.: Case 6/64 Flaminio Costa v E.N.E.L. [1964]; Декларация 17 к Заключительному акту о принятии Лиссабонского договора, включающая текст экспертного заключения юридического службы Совета о примате права ЕС от 22 июня 2007 года.

²⁵ Мюллер-Графф П.-К. Указ. соч. С. 83–84, 94.

²⁶ См.: п. 2 ст. 5 Договора о Европейском Союзе (ДЕС).

²⁷ Мюллер-Графф П.-К. Указ. соч. С. 94–96.

²⁸ См.: Elazar D. Op. cit. P. 18.

в ЕС федерацию «на пути становления»²⁹. А.О. Четвериков, называя ЕС интеграционной организацией, в которой в наивысшей степени проявляются наднациональные черты, приводит мнение большинства экспертов, что ЕС имеет смешанную юридическую природу и сочетает в себе черты разных типов государственных союзов, в том числе федерации³⁰.

В доктрине³¹ также обращается внимание, что как наднациональная интеграционная организация ЕС давно перерос стадии классической международной организации или конфедерации, но в то же время далек от превращения в полноценное федеративное государство, несмотря на присущие ему многие федеративные черты. Аналогичной позиции придерживается Б.Г. Манов³². В свою очередь, С.Ю. Кашкин занимает промежуточную позицию. Он использует понятие наднациональной организации политической власти, которая формировалась изначально с использованием инструментов международного права, но развивалась в *федеративном*, государствозподобном направлении³³. Интересна также позиция М.В. Столярова, согласно которой ЕС представляет собой супергосударство³⁴.

В числе прочих имеет право на существование подход, согласно которому ЕС представляет собой не федеративное государство или супергосударство, а скорее *федерацию государств*. Далее в статье мы будем следовать этому подходу, но исключительно в целях данного исследования.

Есть мнение, что ЕС представляет собой союз государств, который при этом не является государством, что необходимо подчеркнуть³⁵. Э. Золлер, исследуя возможность причисления ЕС к федерации государств, отмечает, что международное право, действующее между государствами-членами, эволюционировало и в итоге перестало быть международным, а стало федеральным и, следовательно, конституционным³⁶.

В пользу квалификации ЕС как федерации государств можно привести еще наличие у ЕС пакта, т.е. федеративного договора (в форме международного соглашения). Кроме того, одной из целей «отцов-основателей» было посредством создания экономического союза в угледобывающей и сталелитейной областях избежать повторения ужасов Второй Мировой войны. Однако этот же критерий, т.е. создание ЕС на основании международного договора, может служить и аргументом в пользу квалификации ЕС как международной межправительственной организации. Следовательно, возникает вопрос в отношении природы ДЕС и ДФЕС: это международные договоры или, скорее, федеративная конституция? Здесь необходимо уточнить, кто вправе толковать положения этих договоров. Федерация характеризуется, в частности, тем, что лишь высшая су-

²⁹ *Beaud O.* Op. cit. P. 95.

³⁰ Основы интеграционного права: учебное пособие / С.Ю. Кашкин, А.О. Четвериков. М.: Проспект, 2015. С. 89.

³¹ См.: *Бирюков М.М.* Европейское право: до и после Лиссабонского договора. М., 2013. С. 47–57; Основы интеграционного права. С. 88–89.

³² *Манов Б.Г.* Акты межгосударственных объединений / Международное право и национальное законодательство. М., 2009. С. 262. См. также: *Капустин А.Я.* Европейский Союз: интеграция и право. М., 2000.

³³ Введение в право Европейского Союза. С. 12.

³⁴ *Столяров М.В.* Россия в пути. Новая федерация и Западная Европа. Сравнительное исследование. Казань, 1998. С. 268.

³⁵ См. в том числе ст. 1 ДЕС.

³⁶ *Zoller É.* Op. cit. n. 185. P. 155.

дебная инстанция вправе толковать конституционный (учредительный) акт. Согласно п. 3 б) ст. 19 ДЕС Суд ЕС в соответствии с договорами выносит решения в преюдициальном порядке по запросам национальных юрисдикционных органов о толковании права Союза или о действительности актов, принятых институтами ЕС. Соответственно, только Суд ЕС уполномочен толковать учредительные договоры. В практике Суда ЕС можно также найти подтверждение конституционной природы учредительных договоров ЕС³⁷. Так, например, в своем мнении по делу 1/76 *Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*³⁸ Суд, уточнив природу Договора об учреждении ЕЭС, квалифицировал данный Договор как внутреннюю конституцию Сообщества; а в решении по делу 294/83 *Parti écologiste "Les Verts"/Parlement européen*³⁹ подтвердил свою позицию, квалифицировав Договор как базовую конституционную хартию.

Обязательно необходимо упомянуть об особой природе права ЕС. Из практики Суда Европейских Сообществ, в особенности связанной со знаменательным делом 6/64 *Costa/E.N.E.L.*, вытекает верховенство (примат) права Сообществ (ныне ЕС) по отношению к праву государств-членов. Суд также четко квалифицировал право Сообщества как самостоятельную правовую систему. Необходимо в особенности сослаться на решения Суда по делам 26/62 *Van Gend en Loos*⁴⁰ и C-6, 9/90 *Francovich v. Italy*⁴¹, на мнение Суда по делу 1/91 *First EEA*⁴².

Следует в том числе упомянуть ст. 13 ДЕС (где перечисляются институты ЕС) и ст. 288 ДФЕС, на основании которой институты Союза вправе принимать регламенты, директивы, решения, рекомендации и заключения. Особенно интересны регламенты и директивы. В соответствии со ст. 288 ДФЕС регламент имеет общее действие и, являясь обязательным в полном объеме, подлежит прямому применению во всех государствах-членах. Директива также имеет обязательную силу, но только для каждого государства-члена, кому она адресована, и только в отношении результата, которого требуется достичь.

Привлекает внимание позиция, занятая в 1970 г. Судом ЕС при разрешении дела 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*⁴³, согласно которой основные права, гарантированные национальной Конституцией, не могут противоречить праву Сообщества (ныне ЕС). В 2002 г. Суд ЕС в решении по делу C-285/98 *Tanja Kreil*⁴⁴ пришел к выводу, что верховенство права ЕС должно распространяться на конституционную норму Германии, которая запрещала женщинам проходить военную службу. При этом важно заметить, что речь шла не о нормах первичного права ЕС, а вторичного права (директивы). Все это также может быть истолковано как подтверждение, что ДЕС и ДФЕС имеют сходство с федеративной Конституцией, а не с международными договорами.

Выявляя федеративные черты, нельзя, естественно, обойти вниманием распределение полномочий между ЕС и государствами-членами. Здесь следует сослаться, в том

³⁷ См., например: *Aff. 8/55 Fédération Charbonnière de Belgique // Rec. 1955–1956. Vol. II. P. 291. О подразумеваемых полномочиях см.: Zoller É. Op. cit. n. 18. P. 59; Simon D. Le système juridique communautaire. Paris, 2001. n. 68. P. 381.*

³⁸ *Avis 1/76, Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, 26 avril 1977, Rec. P. 741, spéc. P. 758.*

³⁹ *Aff. 294/83 Parti écologiste "Les Verts"/Parlement européen, 23 avril 1986. Rec. P. 1339.*

⁴⁰ *Aff. 26/62 Van Gend en Loos, 1963. Rec. P. 3.*

⁴¹ *Cases C-6, 9/90 Francovich v. Italy, [1991] ECR I-5357.*

⁴² *Opinion 1/91, First EEA Case, [1991] ECR 6079.*

⁴³ *Aff. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, 17 décembre 1970, Rec. P. 1125.*

⁴⁴ *Aff. C-285/98, Tanja Kreil, 11 janvier 2000. Rec. P. I-69.*

числе, на п. 6 ст. 3, ст. 5, п. 2 ст. 13 ДЕС. Анализ этих положений и, прежде всего, ст. 5 ДЕС, делает бесспорным вывод, что полномочия Союза вытекают из принципа наделения компетенцией⁴⁵. Если обратиться к ДФЕС, то в ст. 3 и 4 закреплены исключительная компетенция ЕС и совместная компетенция ЕС и государств-членов. Таким образом, как и многочисленные конституции федеративных государств, учредительные акты ЕС содержат основное положение о разделении компетенций.

Выше были рассмотрены институциональные категории ЕС, а именно, природа права ЕС и, прежде всего, учредительных договоров, а также распределение компетенции между ЕС и государствами-членами. Некоторые исследователи на основании анализа данных категорий делают вывод, что ЕС представляет собой федерацию в процессе создания или уже сложившуюся федерацию⁴⁶. Однако необходимо помнить, что из самой сущности федерации государств следует, что возможно заимствование определенных элементов международного права, необходимых для ее существования. Это подтверждают материальные аспекты европейского федерализма.

Э. Золлер понимает федерализм в двух аспектах: конституционном и международном⁴⁷. Международный аспект характеризуется «наделением индивида, связанного с государством, правами или обязанностями, которые могут быть как внутренними для государства, так и внешними»⁴⁸. Он также заключается в привязке, которая связывает гражданина и государство и позволяет норме федерального или международного права непосредственно влиять без участия государства на индивида посредством своей институциональной структуры, механизмов и т.д.⁴⁹ Применительно к ЕС международный аспект выражается в основных свободах, которыми граждане государств-членов наделены учредительными актами, и в наличии гражданства ЕС. Последнее, безусловно, является характеристикой государства, а не международной организации.

Первоначально проникновение федеративного влияния в сферу ведения государств затрагивало свободу движения лиц, которая касалась исключительно экономически активного населения (ст. 45–62 ДФЕС, бывшие ст. 39–55)⁵⁰. Точнее, речь шла о свободе движения лиц наемного труда (трудящихся) (ст. 45–48 ДФЕС, бывшие ст. 39–42), свободе (дословно «праве») учреждения (свободе движения лиц, занимающихся самостоятельной постоянной коммерческой деятельностью)⁵¹ (ст. 49–55 ДФЕС, бывшие ст. 43–48), и оказания услуг (ст. 56–62 ДФЕС, бывшие ст. 49–55). После принятия Единого европейского акта (1986) и, в первую очередь, Маастрихтского договора (1992) понятие свободы движения лиц стало включать внеэкономический аспект. Речь идет о гражданстве (Европейского) Союза (ст. 20–25 ДФЕС, бывшие ст. 17–22). В свою очередь, гражданство основывается еще на одной свободе — свободе передвижения и постоянного проживания граждан Союза на территории государств-членов (п. 1 ст. 21 ДФЕС, п. 1 бывшей ст. 18). Данная свобода носит не столь экономический, сколько именно политический характер.

⁴⁵ Однако этот аргумент в доктрине толкуется и в пользу международной природы ЕС. См. выше о подходе П.-К. Мюллер-Граффа.

⁴⁶ См., в том числе: *Beaud O.* Op. cit. P. 95; *Leben Ch.* A propos de la nature juridique des Communautés européennes // *Droits*, 14. 1991. P. 61.

⁴⁷ *Zoller É.* Op. cit. n. 125, 126. P. 117, 118.

⁴⁸ *Ibid.* P. 118.

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ Бывшие статьи это статьи Договора об учреждении Европейского Сообщества.

⁵¹ Данный термин используется Ю.М. Юмашевым для обозначения свободы учреждения. См.: *Юмашев Ю.М., Постникова Е.В.* Экономическое право Европейского Союза. М., 2014. С.120–123.

Чрезвычайно важно подчеркнуть, что положения учредительных договоров ЕС (ныне ДФЕС), касающиеся данных свобод, имеют прямое действие. Начало этому было положено в 1963 г. решением Суда Европейских Сообществ по делу 26/62 *Van Gend en Loos*⁵². Суд постановил, что право Союза, будучи независимым от законодательства государств-членов, не только возлагает обязательства на индивидов, но также наделяет их правами, которые становятся частью их правового достояния. Впоследствии прямое действие распространилось на все основные свободы, что является подтверждением международного аспекта европейского федерализма⁵³. Примечательно, что Э. Золлер подчеркивает, что именно посредством экономических свобод и прав индивидов происходило развитие европейского федерализма⁵⁴. Суд провозгласил «ЕЭС новым порядком международного права, в пользу которого государства ограничились, хотя и в ограниченных сферах, свои суверенные права, субъектами которых являются не только государства-члены, то также и их граждане»⁵⁵. В связи с этим можно ассоциировать основные свободы и некоторые другие положения Договора с субъективными конституционными правами.

Еще одна неотъемлемая характеристика федерации государств — это гражданство⁵⁶. Права, вытекающие из гражданства ЕС, не предполагают участия государств-членов. Связь граждан государств-членов с Союзом является непосредственной и не требует посредничества со стороны государств. Так иллюстрация международного аспекта федерализма, в свою очередь, подтверждает наличие федеративных черт у ЕС.

Итак, об элементах федерализма в ЕС можно говорить с определенной долей условности или, точнее, с определенной точки зрения, т.е. смотря какую форму его реализации иметь в виду. В ЕС элементы федерализма выражаются, например, в правовой природе учредительных актов, субъекте их толкования, порядке распределения компетенций между Союзом и государствами-членами, в принципах деятельности ЕС, порядке формирования некоторых институтов ЕС, гражданстве ЕС, основных свободах. Кроме того или, скорее, прежде всего следует отметить приоритет права ЕС и прямое действие некоторых норм права ЕС.

Компетенция Европейского Союза в сфере МЧП

В Европе МЧП традиционно воспринималось с позиций партикуляризма, т.е. как присущее каждому государству. Иными словами, каждое государство располагало правотворческой компетенцией в сфере МЧП. Что касается Франции, то наиболее распространенной концепцией было адаптирование норм внутригосударственного права в соответствии с особенностями международной сферы. Основная концепция — это концепция

⁵² Aff. 26/62 *N.G. Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, 1963. Rec. P. 3, spéc. P. 23.

⁵³ В отношении ст. 45 ДФЕС (бывшей ст. 39): Case 167/73 *Commission/France* [1974] ECR 359; Case 36-74 *Walrave* [1974] ECR 1405; Case C-415/93 *Bosman* [1995] ECR I-04921; Case C-281/98 *Angonese* [2000] ECR I-04139; Case C-18/95 *Terhoeve* ECR I-345. В отношении ст. 49 ДФЕС (бывшей ст. 43): Case 2-74 *Reyners* [1974] ECR 631. В отношении ст. 56 ДФЕС (бывшей ст. 49): Case C-33/74 *Van Binsbergen* [1974] ECR 1299. См. подробнее о прямом действии экономических свобод ЕС: Юмашев Ю.М., Постникова Е.В. Указ. соч. С. 66–69, 123–126, 183–185, 211–215.

⁵⁴ *Zoller É.* Op. cit. n. 181. P. 153.

⁵⁵ См. также решение по делу C-6, 9/90 *Francovich v. Italy*.

⁵⁶ См.: ст. 20–24 ДФЕС.

«проецирования» внутригосударственных норм на международную сферу. Э. Бартен термином «проецирование» определяет свою партикуляристскую концепцию МЧП⁵⁷.

В ЕС регулирование вопросов, входящих в сферу МЧП (коллизии между законодательствами государств-членов, как и между законодательствами государств-членов и третьих стран), традиционно относилось к ведению государств-членов⁵⁸. Ситуация изменилась в связи с внесением изменений в учредительные договоры Амстердамским договором⁵⁹ и присоединением Сообщества к Гаагской конференции по МЧП. Так, с момента вступления в силу Амстердамского договора (1 мая 1999 г.), как известно, ЕС посредством расширительного толкования ст. 61, 65 и 67 Договора об учреждении Европейского Сообщества (ныне 67 и 81 ДФЕС) стал претендовать на наличие у него компетенции в сфере МЧП. Ст. 61 (ныне с изм. 67 ДФЕС) предусматривает в целях постепенного создания пространства свободы, безопасности и правосудия принятие мер, содействующих сотрудничеству судебных органов в гражданских делах, как это предусмотрено ст. 65 (ныне 81 ДФЕС).

П. б) ст. 65 Договора об учреждении Европейского Сообщества в редакции Амстердамского договора содержал соответствующие уточнения. Так, меры в области сотрудничества судебных органов в гражданских делах, которые имеют трансграничный характер и должны были быть приняты в соответствии со ст. 67, в той мере, в какой это необходимо для надлежащего функционирования внутреннего рынка, должны были включать в себя помимо прочего обеспечение совместимости действующих в государствах-членах норм в сфере конфликта законов и юрисдикций⁶⁰. Проблема заключается в том, что Европейское Сообщество воспринимало только себя в качестве исполнителя данной задачи.

Возникает целый ряд вопросов: что означают «меры»? Что означает «обеспечение»? В частности, вопрос о том, какие именно меры вправе предпринимать Парламент и Совет на основании п. 2 п. с) ст. 81 ДФЕС, ведет к выяснению объекта внутренней компетенции ЕС⁶¹.

Итак, сфера применения компетенции ЕС, прежде всего, ограничена положениями ст. 81 ДФЕС (бывшая ст. 65), которая находится в Разделе V ДФЕС «Пространство свободы, безопасности и правосудия». То есть меры не могут выходить за рамки регулирования отношений, связанных с той или иной свободой. Компетенция ЕС ограничена также содержанием самой ст. 81 ДФЕС: меры ЕС по обеспечению совместимости действующих в государствах-членах норм в сфере конфликта законов и юрисдикций должны быть реализованы, если это необходимо для нормального функционирования внутреннего рынка. Компетенция ЕС в сфере судебного сотрудничества по гражданским делам является ничем иным, как внутренней компетенцией, т.е. в отношении ситуаций, связанных с территориями двух или более государств-членов ЕС⁶². Следовательно, это

⁵⁷ *Bartin É.* Études de droit international privé, Paris, 1899. P. II.

⁵⁸ См. ст. 293 Договора об учреждении Европейского Сообщества (исключена Лиссабонским договором).

⁵⁹ Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and related acts // Official Journal C 340, 10.11.1997.

⁶⁰ Ныне с изм. пп. с) п. 2 ст. 81 ДФЕС.

⁶¹ См., например: *Ancl B. & Lequette Y.* Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 5e éd., 2006, n° 7-8, n. 2, p. 62; n. 5-6, pp. 215–216.

⁶² См., например: *Gaudemet-Tallon H.* Droit international privé et Code civil / 1804–2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir. Paris, 2004. P. 749 ets. P. 769.

исключает любую компетенцию ЕС по МЧП в сфере чисто внутренних ситуаций (в рамках одного государства-члена) и одновременно означает, что компетенция ЕС не распространяется на отношения, связывающие одно или несколько третьих государств, т.е. отношения, регулируемые международным правом⁶³.

Союз не обладает исключительной компетенцией в данной области, разделяя ее с государствами-членами. Следовательно, сослаться на то, что законодательство Союза обладает высшей юридической силой, нельзя. Ввиду этого появляются многочисленные трудности. Вкратце можно выделить два типа подобных трудностей: с одной стороны, связанные с вопросом о сфере применения в пространстве полномочий государств-членов и Союза в целом, с другой — касающиеся разграничения полномочий.

Между тем, именно исходя из обозначенных правовых оснований были предложены и приняты на уровне ЕС различные регламенты, например, «Рим I» и «Рим II». Таким образом, Сообщество, а в дальнейшем — и Союз, более чем «обеспечивал» совместимость норм: они были унифицированы! То есть, еще один дискуссионный момент связан с тем, не вышел ли ЕС за рамки необходимого для нормального функционирования внутреннего рынка? Не являются ли меры непропорциональными и/или противоречащими принципу субсидиарности? Каждый из перечисленных регламентов, касается ли он вопросов конфликта юрисдикций или применимого права, считался способствующим установлению согласованности норм, подлежащих применению, в государствах-членах в области конфликта законов и споров о подсудности⁶⁴. Между тем Союз, проводя унификацию норм о юрисдикции и конфликтах законов государств-членов, вышел за рамки своей компетенции.

Рассмотрим, например, вопрос соблюдения принципа пропорциональности посредством принятия Регламента «Рим I». Что касается вопроса пропорциональности, то принятие данного Регламента должно было быть, прежде всего, необходимо для нормального функционирования внутреннего рынка. То есть здесь мы понимаем устранение препятствия для реализации четырех свобод внутреннего рынка. В этом смысле можно считать, что унификация коллизионных норм в сфере договорных обязательств содействует упрощению движения товаров, услуг, капиталов и лиц между государствами-членами ЕС. Меры, предпринимаемые ЕС, должны также иметь целью обеспечение согласованности коллизионных норм государств-членов. Здесь могут возникнуть различные дискуссии, но ясно одно: унификация коллизионных норм посредством принятия Регламента выходит за пределы цели — обеспечение согласованности норм⁶⁵. Складывается впечатление, что подобные меры являются непропорциональными и выходят за рамки компетенции ЕС.

В отношении соблюдения *принципа субсидиарности* можно отметить, что также присутствуют сомнения по поводу обоснованности замены Конвенции о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам от 19 июня 1980 г. (Римская конвенция) между государствами-членами ЕС, Регламентом «Рим I»⁶⁶. В действительности,

⁶³ См.: Avis 1/94, 15 novembre 1994. Rec. P. I-5267, point 81. Суд ЕС определяя содержание понятия «общая торговая политика», уточнил, что положения ДФЕС, касающиеся свободы учреждения и свободы предоставления услуг, не предполагают распространение компетенции ЕС на отношения, относящиеся к международному праву.

⁶⁴ См.: пп. с) п.2 ст. 81 ДФЕС.

⁶⁵ См. также: *Audit B. Droit international privé*. 5e éd. Paris, 2008. P. 52.

⁶⁶ См., например: *Lagarde P. Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 // Rev. crit. DIP*. 1991. 287.

следуя институциональным особенностям, наследуемым от Маастрихтского договора, многие государства-члены не связаны обязательствами, вытекающими из регламентов (принятых на основании бывшей ст. 61 и следующих за ней статей, ныне это ст. 67 и следующие за ней ст. ДФЕС). Таким образом, некоторые регламенты, которые заменили международные конвенции (например, «Брюссель I», заменивший Брюссельскую конвенцию о юрисдикции и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам от 27 сентября 1968 г.) на момент своего принятия распространили свое действие не на все государства-члены ЕС. В частности, речь шла о Дании⁶⁷ и Великобритании⁶⁸. Это означало, что государства-члены достигли больших результатов конвенционным путем, чем ЕС посредством регламентов. Конвенционная система показала себя более эффективной, чем система ЕС, для гармонизации коллизионных норм государств-членов в сфере обязательств.

Следует отметить, что не все рассуждения о правомерности принятия Регламента «Рим I» применимы к Регламенту «Рим II», поскольку до его принятия не существовало конвенции, аналогичной Римской конвенции 1980 года. Однако универсальный характер⁶⁹ обоих регламентов не входит в пределы компетенции ЕС на основании ст. 81 ДФЕС (бывшей 65)⁷⁰. Таким образом, имело место нарушение как принципа субсидиарности, так и принципа пропорциональности, которые являются основополагающими принципами права Европейского Союза (п. 3 и 4 ст. 5 ДЕС). Вследствие этого конституционность, по крайней мере, проанализированных выше текстов может быть оспорена, так же, как и их пространственная сфера действия⁷¹.

В связи с этим возникает вопрос: должны ли мы считать, что Союз обладает определенной компетенцией в сфере регулирования частноправовых отношений, которые выходят за рамки межгосударственных? Этот новый вопрос является чрезвычайно сложным и ответ на него должен быть детальным, если предположить, что вопрос конституционности названных текстов был предварительно решен (чего в настоящий момент сделано не было).

Между тем вспомним, что Лиссабонский договор несколько изменил положение дел (ст. 65 Договора об учреждении Европейского Сообщества стала ст. 81 ДФЕС) и, казалось бы, что государства-члены не хотят ставить под сомнение действительность подобных актов. Может сложиться впечатление, что европейский федерализм «выиграл» по данному вопросу.

⁶⁷ Согласно п. 46 Преамбулы к Регламенту «Рим I», п. 21 Преамбулы к Регламенту «Брюссель I», ст. 1 и 2 Протокола о позиции Дании (№ 5), прилагаемого к Договору о Европейском Союзе и Договору об учреждении Европейского Сообщества (ныне Протокол № 22 к ДЕС и ДФЕС), Дания не участвует в принятии этих регламентов, не связана ими и не подчиняется их действию.

⁶⁸ Согласно п. 44 Преамбулы Регламента «Рим I», ст. 3 Протокола о позиции Соединенного Королевства и Ирландии Ирландия уведомила о желании участвовать в принятии и применении Регламента. Согласно п. 45 Преамбулы, ст. 1 и 2 Протокола Соединенное Королевство не участвует в принятии Регламента, не связано им и не подчиняется его действию. Однако статус Великобритании изменился после принятия Регламента, поскольку Правительство Великобритании направило официальное письмо Совету министров от 24 июля 2008 г., в котором выражалось согласие на применение «Рим I» на тех же условиях, что и остальные государства-члены ЕС. См.: Note de transmission de M. Kim Darroch, representant permanent du Royaume-Uni en date du 24 juillet 2008. Doc. 12143/08.

⁶⁹ См.: ст. 2 Регламента «Рим I» и ст. 3 Регламента «Рим II».

⁷⁰ Меры, принятые в целях создания пространства свободы, безопасности и правосудия, должны быть ограничены территориями государств-членов и не могут иметь универсального характера (ст. 67 ДФЕС, бывшая 61; ст. 349 ДФЕС, бывшая 299).

⁷¹ См. подробнее: *Heymann J. Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*. Paris, 2010.

Что касается так называемой «внешней» компетенции ЕС (способности ЕС вступать в международные отношения с третьими странами или международными организациями), то подробно останавливаться на ней не будем. Первоначально лишь две статьи непосредственно касались подобной компетенции Сообщества: ст. 133 и 310 Договора об учреждении Европейского Сообщества⁷² (ст. 207 и 217 ДФЕС). Следует еще назвать ст. 220 ДФЕС (бывшие ст. 302–304), согласно которой Союз устанавливает любое полезное сотрудничество с органами ООН и ее специализированными учреждениями, с Советом Европы, ОБСЕ и ОЭСР. Отметим, что данная статья в отличие от ст. 207 и 217 не предусматривает права ЕС участвовать в переговорах по заключению международных договоров с указанными международными организациями. В ст. 186, 191, 211, 219 ДФЕС закрепляется компетенция ЕС в сфере переговоров и заключения договоров в целях установления международного сотрудничества в основном в сферах, по которым он располагает внутренней компетенцией.

В отношении внешней компетенции Союза по вопросам МЧП также есть трудности и сомнения, в частности, она подвергается критике в связи с Гагской конференцией по МЧП⁷³. Если вспомнить об ограниченной внутренней компетенции ЕС по вопросам МЧП, то представляется странным его присоединение к международному объединению, чья цель заключается в прогрессивной унификации норм МЧП. В связи с этим возникает вопрос о наличии у ЕС внешней компетенции по вопросам МЧП. Правовые основы присоединения Сообщества к Гагской конференции по МЧП закреплены в Решении Совета от 26 октября 2006 г.⁷⁴ В частности, особенный интерес вызывает п. 6 Приложения 2, смысл которого сводится к тому, что Сообщество, осознавая, что «никакая внешняя компетенция прямо не предусмотрена в Договоре об учреждении Европейского Сообщества», ссылается непосредственно на практику Суда ЕС⁷⁵; Сообщество может заключать международные договоры, когда внутренняя компетенция уже была использована в целях принятия мер по реализации общих политик. Конечно, для внесения ясности в вопрос наличия у ЕС компетенции, необходимо подробно изучить Статут Гагской конференции по МЧП. Ввиду параллельности внутренней и внешней компетенции ЕС кажется логичным считать, что внешняя компетенция, как и внутренняя, в обязательном порядке также является ограниченной. Ключевой вопрос федерализма заключается не только в распределении полномочий между федеральными властями и властями субъектов федерального объединения в рамках отношений внутреннего характера, но возможно, он более остро стоит в связи с отношениями «истинно» международных.

Влияние материального права ЕС на законодательство государств-членов в сфере МЧП

Еще один аспект, который может показаться интересным, связан с влиянием материального права ЕС (положения в отношении, например, гражданства ЕС, свободы (права) учреждения) на механизмы правового регулирования вопросов, входящих в сферу

⁷² Бывшие ст. 113 и 238 Договора об учреждении ЕЭС.

⁷³ Европейское Сообщество официально стало членом Гагской конференции по МЧП 3 апреля 2007 г. в качестве региональной организации экономической интеграции.

⁷⁴ *Décision relative à l'adhésion de la Communauté européenne à la Conférence de La Haye de droit international privé (2006/719/CE)*, JOUE du 26 octobre 2006. L 297/1.

⁷⁵ См., в том числе: *Case 22/70 European Agreement on Road Transport [1971] ECR 263*.

МЧП, действующие на государственном уровне. Национальное правовое регулирование должно быть приведено в соответствие с положениями права ЕС и субъективными правами физических и юридических лиц, которые вытекают из практики Суда ЕС. Отстаивая свои права, они как граждане ЕС получали то, в чем им было отказано при реализации норм МЧП соответствующих государств-членов. Например, речь может идти о возможности иметь двойную фамилию. Так, дело немецкого суда Grunkin-Paul послужило первопричиной Решения Суда ЕС от 14 октября 2008 г. Суть дела заключалась в следующем. Л. Маттиас (родители: граждане Германии Д. Пауль и С. Гренкин)⁷⁶ родился в Дании, но этот факт автоматически не повлек приобретения им гражданства Дании, и он стал гражданином Германии.

Из датского МЧП следует, что вопросы, связанные с определением фамилии, регулируются правом места постоянного проживания, которое, в свою очередь, устанавливается в соответствии с законодательством Дании. Также датский Закон о личных именах (*Lov om personnavne* № 193, 29.04.1981) должен был применяться к этому ребенку⁷⁷. Данный Закон предусматривал, что ребенок может приобрести фамилию обоих родителей посредством смены фамилии в административном порядке. Таким образом, административные власти Дании позволили родителям изменить фамилию ребенка с Пауля на Гренкин-Пауль. Однако родители получили отказ во внесении ребенка в регистр актов гражданского состояния Германии, поскольку соответствующие положения немецкого законодательства предусматривают лишь альтернативу: фамилия либо матери, либо отца. В последующем они обжаловали этот отказ в нескольких инстанциях.

В итоге немецкий суд (*Amtsgericht*) г. Нибюлля обратился в Суд ЕС: в свете принципа недискриминации, закрепленного в ст. 12 (ныне ст. 18 ДФЕС), и, учитывая свободу передвижения, гарантированную каждому гражданину ЕС ст. 18 (ныне ст. 21 ДФЕС), коллизионная норма немецкого закона (ст. 10 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению (EGBGB): фамилия лица определяется законом государства его происхождения) может ли действовать в той мере, в которой она связывает вопрос определения фамилии исключительно с гражданством? Суд ЕС не ответил на этот преюдициальный вопрос, отрицая свою компетенцию на основании ст. 234 Договора об учреждении Европейского Сообщества⁷⁸. Суд посчитал, что немецкий суд выполнял административные функции, а не рассматривал дело по существу.

Следует еще отметить, что данная история получила продолжение. В 2006 г. родители ребенка обратились в суд г. Фленсбурга, чтобы потом в органах регистрации актов гражданского состояния г. Нибюлля признали двойную фамилию их сына. Суд Фленсбурга усомнился в соответствии положений немецкого законодательства о присвоении фамилии праву ЕС и обратился к Суду ЕС с аналогичным вопросом, ответ на который должен был установить, имеет ли место нарушение бывших ст. 12 и 18 Договора об учреждении Европейского Сообщества⁷⁹. Отметим сразу, что нарушение ст. 12 установлено не было. На этот раз Суд ЕС постановил, что учитывая обстоятельства дела, ст. 18 была нарушена, и признано, что Маттиас был вправе реализовать свое право, предусмотренное ст. 18 свободно перемещаться и проживать в рамках территории ЕС. Неразрешенность вопроса с фамилией могла привести к серьезным трудностям при реализации свободы

⁷⁶ Ребенок — Leonhard Matthias, мать — Dorothee Paul, отец — Stefan Grunkin.

⁷⁷ В то же время этот Закон был заменен Законом № 524 от 24 июня 2005 г. об именах (*Navnelov*), вступившим в силу 1 апреля 2006 г. Новый Закон предусматривал расширение возможностей выбора.

⁷⁸ Case C-96/04 Standesamt Stadt Niebüll, 27 april 2006. ECR I-3561.

⁷⁹ Case C-353/06 Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul, 14 october 2008. ECR I-07639.

движения лиц, в том числе, что касается документов об образовании. Если говорить иначе, то гражданин любого государства-члена с этих пор может ссылаться на препятствие реализации этих свобод, чтобы получить признание данным государством-членом ситуации, возникшей на территории другого государства, несмотря на то, что связанные с ней права не могут быть реализованы. Можно еще добавить, что ЕС обладает лишь ограниченной по сфере применения компетенцией по вопросам семейного права, которая, по идее, не включает вопросов, связанных с личным статусом индивида. Решение Суда, кажется, принималось именно исходя из такого расширения компетенции ЕС.

Итак, данное дело порождает ситуацию *диагонального конфликта*. Обстоятельства дела свидетельствуют об эффективной реализации свобод передвижения и проживания, предусмотренных ныне ст. 21 ДФЕС. Поскольку присутствует трансграничный фактор, то ситуация Маттиаса подпадает под двойную компетенцию: компетенцию государств в связи с вопросом определения фамилии и компетенцию ЕС в отношении прав, вытекающих из гражданства ЕС. Однако, есть сомнение в том, что, не посягая на компетенцию государств-членов или ЕС, данный тип диагонального конфликта может быть надлежащим образом разрешен. Суд умело обошел этот сложный вопрос, чем вызвал целый поток критики.

Классическое понимание конфликта законов, основанное исключительно на горизонтальном подходе, становится устаревшим применительно к специфической правовой природе ЕС. В рамках ЕС можно было бы выделить два типа конфликтов законов: горизонтальные (между нормами права двух или более государств-членов) и вертикальные (между нормами права государств-членов и права ЕС). Однако в некоторых случаях конфликты горизонтального и вертикального характера сталкиваются и смешиваются, что обусловлено чертами федерализма у ЕС. Это породило возникновение нового, гибридного типа конфликтов — диагонального конфликта⁸⁰. В итоге заимствования черт федерализма конфликты законов в рамках ЕС впредь должны пониматься как совокупность и традиционных частноправовых вопросов, и вопросов разделения компетенций, которые должны теперь рассматриваться с точки зрения конфликта.

Логика федерализма влечет последствия для МЧП государств-членов, которые в основном принимают форму конституционных ограничений и концентрируются в сфере основных свобод ЕС. Создается впечатление, что европейский «федерализм» породил самый настоящий переворот в плане классического понимания конфликта законов. Отношения государств-членов с ЕС или между собой, характеризующиеся признаками федерализма, вписываются в конституционные рамки. В сфере МЧП это направление конституционализации ЕС воспринимается двояко: с одной стороны, как притязания на нормативную компетенцию, первоначально сформулированные в учредительных договорах Сообщества, а с другой стороны — как существование субъективных конституционных прав, гарантированных гражданам государств-членов ЕС и противопоставляемых законодательству государств-членов ЕС.

Заключение

Как было показано выше, ЕС свойственны федеративные черты, которые позволяют рассматривать его в качестве федерации государств. При этом нельзя забывать об от-

⁸⁰ См.: Christoph M., Schmid U. Vertical and Diagonal Conflicts in the Europeanisation Process / Ch. Joerges, O. Gerstenberg (eds.) / Private Governance, Democratic Constitutionalism and Supranationalism. Brussels, 1998. P. 185–191.

сутствии доктринального единогласия в отношении правовой природы ЕС. Например, ЕС обладает также многими характеристиками, свойственными и международной межправительственной организации (с элементами наднациональности). Однако учитывая цели данной статьи, было рассмотрено влияние федеративных начал на отношения ЕС и государств-членов по вопросам, входящим в сферу МЧП. Итак, компетенция ЕС, как внутренняя, так и внешняя, в сфере МЧП является компетенцией ограниченной. Данная компетенция не является исключительной компетенцией Союза, а совместной с государствами-членами. Федеративные черты ЕС произвели переворот в отношении традиционного понимания конфликтов законов, что привело к возникновению нового типа конфликта — «диагонального конфликта», который представляет собой смешивание горизонтальных и вертикальных отношений.

В рамках ЕС МЧП в течение последнего десятилетия получало активное закрепление на конституционном уровне (если, конечно, считать, что ДЕС и ДФЕС являются своего рода федеративной «конституцией»), и что вопросы, которые входят в сферу его регулирования, теперь должны приобретать «публичный» характер, делая привычное деление права на частное и публичное относительным.



Библиография

- Манов Б.Г. Акты межгосударственных объединений / Международное право и национальное законодательство. М.: ЭКСМО, 2009. С. 262.
- Моисеев А.А. Надгосударственность в современном международном праве. М.: Научная книга. 2007. 287 с.
- Мюллер-Графф П.-К. Лиссабонский договор в системе первичного права Европейского Союза. Пер. с нем. Юмашева Ю.М. // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 1. С. 80–99.
- Основы интеграционного права: учебное пособие / С.Ю. Кашкин, А.О. Четвериков. М.: Проспект, 2015. 224 с.
- Юмашев Ю. М., Постникова Е. В. Экономическое право Европейского Союза. М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2014. 384 с.
- Ancel B., Lequette Y. Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. Paris., 2006. n° 7-8, n. 2. P. 62; n. 5–6. P. 215–216.
- Aubert J.-F. Traité de droit constitutionnel suisse. Vol. 1. Neuchâtel: Ides et Calendes, 1967. n. 510. P. 195.
- Beaud O. Fédéralisme et souveraineté, Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération // RDP. 1998. P. 83–122.
- Christoph M., Schmid U. Vertical and Diagonal Conflicts in the Europeanisation Process / Ch. Joerges & O. Gerstenberg, eds. Private Governance, Democratic Constitutionalism and Supranationalism. Brussels: European Commission, 1998. P. 185–191.
- Elazar D. *Federal System of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*. Harlow, 1994. P. 15–21.
- Gaudemet-Tallon H. Droit international privé et Code civil / 1804–2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir. Paris. 2004. P. 749, 769.
- Hartley T. European Union in a Global Context: text, cases, materials. 2004. P. 145–155.
- Heymann J. Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen. Paris: Economica, 2010. 424 p.
- Leben Ch. A propos de la nature juridique des Communautés européennes // Droits. 14. 1991. P. 61.
- Quermonne J.-L. Existe-t-il un modèle politique européen? // Rev. fr. sc. pol. 1990. P. 192–211, spéc. P. 194.
- Simon D. Le système juridique communautaire. Paris, 2001. n. 68, 381.
- Zoller É. Aspects internationaux du droit constitutionnel, Contribution à la théorie de la fédération d'États // RCADI. 2002. P. 63–64, 150–153.

Federalism in International Private Law of the European Union



Elena Postnikova

Associate Professor, Department of International Public and Private Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: epostnikova@hse.ru



Jeremy Heymann

Agrége des Facultes de Droit, University de Lyon (Lumiere), docteur de droit. Address: 4 bis Rue de Universite, F — 69007, Lyon, France. E-mail: Jeremy.Heymann@univ. lyon2. Fr



Abstract

With the tendency of economic integration represented in spreading integrational associations, the concept of federalism should not be probably identified only with a form of state territorial pattern but some international organizations and or interstate unions. A representative example is the European Union (EU). When uniting states in an interstate or international union, a decision should be made on the obligation to administer collisions in private law under various legal systems. The objective of the research is to determine the authority of competence in administering the issues of EU international private law and to identify the features of the EU as a federation. Relying on the doctrine, EU constitutional documents and the cases of the European Court of Justice, the paper identifies representative features of the EU and stresses the lack of consensus on the legal nature of the EU. The EU competence in international private law both internal and external is limited. Seeking to unify the norms of the member states as to the conflict of laws, the EU exceeded its competence, which is found in violating the principles of subsidiarity and proportionality. The paper on the basis of the EUCJ cases as to a double-barrelled surname examines the influence of EU material law on the mechanisms of legal regulation within international private law and valid at the national level. The features of federation of the EU changed completely the traditional understanding of conflict of laws, which has caused the emergence of a new conflict, i.e. diagonal conflict. The philosophy of federalism bears consequences for the international private law of the member states which mainly accept the form of constitutional limitations and concentrate on the EU's fundamental freedoms. As a result of borrowing the features of federalism, the conflicts of laws within the EU should be further understood as a complex of conventional private law issues and the issues of sharing competences which require interpretation as conflicts from now on.



Keywords

federalism, international private law, federation, conflict of laws, federation of states, law of European Union.

Citation: Postnikova E.V., Heymann J. (2015) Federalism in International Private Law of European Union. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 147–164 (in Russian).



References

- Ancel B. & Lequette Y. (2006) *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. Dalloz, 5e éd.
- Audit B. (2008) *Droit international privé*. Paris: Economica, p. 52.
- Beaud O. (1998) *Fédéralisme et souveraineté*. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération. RDP, pp. 83–122.
- Beaud O. (1994) *La puissance de l'État*. Paris: PUF, p. 147.
- Biryukov M.M. (2013) *Evropeyskoe pravo: do i posle Lissabonskogo dogovora* [European Law: before and after Lisbon Treaty]. Moscow: Statut (in Russian)
- Christoph M., Schmid U. (1998) *Vertical and Diagonal Conflicts in the Europeanisation Process. Governance, Democratic Constitutionalism and Supranationalism*. Brussels: European Commission, pp. 185–191.

- Chernichenko S.V. (2014) *Kontury mezhdunarodnogo prava. Obshchie voprosy* [Contours of International Law. General Issues]. Moscow: Nauchnaya kniga, 592 p. (in Russian)
- Chalmers D, Davies G, Monti G. (2014) *European Union law. Cases and materials*. Cambridge University Press, p. 2-41.
- Ganyushkina E.B. (2012) Pravovaya priroda mezghosudarstvennykh ob"edineniy [Legal Nature of Interstate Unions] / Pravovye issledovaniya: novye podkhody. Moscow: Kontrakt Publishing, pp. 478–490 (in Russian).
- Hartley T. (2004) *European Union Law in a Global Content: text, cases, materials*, pp. 145–155.
- Heymann J. (2010) *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*. Paris: Economica,
- Kashkin S.Yu., Chetverikov A.O. (2015) *Osnovy integratsionnogo prava* [Basics of Integrational Law]. Moscow: Prospekt, 224 p. (in Russian)
- Kapustin A.Ya. (2000) *Evropeyskiy Soyuz: integratsiya i pravo* [European Union: Integration and Law]. Moscow, 436 p. (in Russian)
- Manov B.G. (2009) Akty mezghosudarstvennykh ob"edineniy [Acts of Interstate Unions]. *Mezhdunarodnoe pravo i natsional'noe zakonodatel'stvo* [International Law and National Legislation]. Moscow: Eksmo, p. 262.
- Moiseev A.A. (2007) *Nadgosudarstvennost' v sovremennom mezhdunarodnom prave* [Suprastate Status in International Law]. Moscow: Nauchnaya kniga, 287 p. (in Russian)
- Mueller-Graff P.-Chr. (2008) Lissabonskiy dogovor v sisteme pervichnogo prava Evropeyskogo Soyuz [Lisbon Treaty within EU Primary Law]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 80–99.
- Quermonne J.-L. (1990) Existe-t-il un modèle politique européen? *Rev. fr. sc. pol.*, p. 192–211, spéc. p. 194.
- Stolyarov M.V. (1998) *Rossiya v puti. Novaya federatsiya i Zapadnaya Evropa. Sravnitel'noe issledovanie po problemam federalizma i regionalizma v Rossiyskoy Federatsii i stranakh Zapadnoy Evropy* [Russia on the Road. A New Federation and Western Europe. Comparative Research on Federalism and Regionalism in the Russian Federation and Western Europe]. Kazan': Fen, p. 268 (in Russian)
- Yumashev Yu. M., Postnikova E. V. (2014) *Ekonomicheskoe pravo Evropeyskogo Soyuz* [European Union Economic Law]. Moscow : NORMA, 384 p. (in Russian)
- Yumashev Yu.M. (2012) Razvitie «Evropeyskoy idei» posle Pervoy mirovoy voyny: ot «Panevropy» Kudenkhova-Kalergi do «neofunktionalizma» E.Khaasa i mezghosudarstvennoy teorii integratsii A. Moravchika [Development of the European Idea since WWI: from Pan-Europe to Neofunctionalism and Theory of Integration]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 6 (37), p. 70–82.
- Simon D. (2001) *Le système juridique communautaire*. Paris: PUF, 3e éd., n. 68, 381.
- Ushakov N.A. (1997) *Gosudarstvo v sisteme mezhdunarodno-pravovogo regulirovaniya* [State in the System of International Law Regulation]. Moscow: Institute of State and Law of Russian Academy of Sciences, pp. 50–58.
- Vittstum V. et al. (2011) *Mezhdunarodnoe pravo* [International Law]. Moscow; Berlin: Infotropik Media, 992 p. (in Russian)
- Vishnyakov V.G. et al. (2003) *Pravo i mezghosudarstvennye ob"edineniya* [Law and Interstate Unions]. Saint Petersburg, p.13 (in Russian)
- Zoller E. (2002) Aspects internationaux du droit constitutionnel, Contribution à la théorie de la fédération d'États. *RCAD*, pp. 63–64, 150–153.

Международная подсудность 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

Бурное развитие технологий обуславливает углубление глобализационных процессов, в частности экстенсивный рост электронной коммерции, которая по определению имеет международный характер. Созданная Интернетом возможность приобретать дистанционным способом товары, отсутствующие на местном рынке, ведет к развитию трансграничной розничной торговли. С юридической точки зрения одной из основных проблем данного явления становится защита прав потребителей в трансграничном аспекте. Международное частное право предлагает потребителям защиту трех видов: процессуальную, коллизионную и материально-правовую. Первостепенное значение имеет решение вопроса о международной подсудности: суд какой страны правомочен рассматривать спор, вытекающий из трансграничного договора с участием потребителя? Особый статус потребителя как экономически более слабой стороны не позволяет обойтись общими нормами о подсудности. Право Европейского Союза, а также правопорядки многих стран других регионов планеты содержат специальные процессуальные нормы, которые на основе определенных принципов устанавливают юрисдикцию суда того или иного государства по рассмотрению споров из договоров с участием потребителя. В России подобное регулирование отсутствует. Таким образом, российская система защиты прав потребителя в трансграничном аспекте лишена важнейшего элемента. Для цели выработки рекомендаций по совершенствованию российского международного частного права в статье рассматривается содержание отдельных статей Регламента «Брюссель I» — основополагающего акта ЕС в сфере регулирования международной подсудности, а также исследованы доктринальные позиции зарубежных ученых. В статье сделан вывод о необходимости ограничения автономии воли сторон при установлении подсудности споров из договоров с участием потребителя. В основу решения юрисдикционного вопроса может быть положен, как и в европейском праве, критерий нацеленной деятельности, который способствует решению ряда спорных вопросов. В то же время данный критерий порождает новые теоретические и практические проблемы, которые к настоящему времени не нашли решения в доктрине и законодательстве, — это собственно определение «направленной деятельности», а также пределы «предпринимательской или профессиональной» деятельности, которые необходимо знать для установления статуса потребителя.



Ключевые слова

международное частное право, международный гражданский процесс, международная подсудность, потребитель, слабая сторона, направленная деятельность, право ЕС, Брюссель I.

Библиографическое описание: Резник Р.С. Международная подсудность споров из договоров с участием потребителя // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 165–173.

JEL: K 30; УДК:341

В Европейском союзе (далее — ЕС) правила международной подсудности по спорам из договоров с участием потребителя содержатся в Регламенте ЕС «О юрисдикции, признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений» в редакции от 12 декабря 2012 г. (далее — «Брюссель I»; ранее действовал в редакции от 22 декабря 2000 г.), заменившем Брюссельскую конвенцию по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров 1968 г. (далее — Конвенция).

В разделе 4 Регламента «Подсудность договоров с участием потребителя» говорится, что потребитель, как правило, является экономически слабой и юридически менее опытной стороной¹. П. 18 преамбулы прямо устанавливает, что в договоре с участием потребителя слабая сторона должна быть защищена нормами о подсудности, в большей степени отвечающими ее интересам, чем общие нормы. П. 19 преамбулы указывает, что автономия воли сторон договора с участием потребителя ограничена в вопросе определения подсудности.

Определение потребителя можно вывести из содержания ч. 1 ст. 17 «Брюсселя I»: потребитель — лицо, заключающее договор для целей, не связанных с его предпринимательской или профессиональной деятельностью. Нормы «Брюсселя I» распространяются на все договоры, заключенные с лицом, которое осуществляет коммерческую или профессиональную деятельность в стране места жительства потребителя либо любыми способами направляет свою деятельность на территорию этой страны или территории нескольких стран, включая территорию страны места жительства потребителя, при условии, что договор связан с такой деятельностью.

Таким образом, в основе норм о подсудности договоров с участием потребителя лежит теория направленной деятельности. Это порождает ряд проблемных вопросов, как в науке, так и на практике. Каковы критерии направленной деятельности? Какие меры должна предпринять профессиональная сторона, чтобы ее деятельность носила направленный характер? В Конвенции отсутствовал критерий направленной деятельности². В соответствии с разъяснениями Европейской комиссии он был добавлен в «Брюссель I» специально, чтобы «было очевидно, что подсудность может быть установлена в случае заключения потребителем договора с использованием интерактивного сайта³, доступного на территории страны его проживания»⁴. При этом факт получения потребителем с пассивного сайта, доступного в месте его проживания, информации о товаре или услуге не является достаточным основанием для установления защитной юрисдикции.

Правовая доктрина разделилась на три группы по вопросу о том, может ли и должно ли, и если да, то в каких пределах, применяться деление потребителей на «пассивных»

¹ Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Кн. 1: монография / под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М.: Норма, 2013. С. 293.

² Положения Конвенции предполагали наличие территориальных связей с правопорядком страны места жительства потребителя, в частности: наличия предшествующего заключению договора специального приглашения или рекламы, сделанных в месте жительства потребителя, при условии, что действия по заключению договора были совершены там же. Очевидно, что применение подобных критериев к сделкам, совершенным в Интернете, весьма проблематично.

³ Активные и интерактивные сайты предоставляют возможность заключения договора посредством прохождения ряда шагов, тогда как пассивные сайты только содержат информацию без возможности осуществления заказа.

⁴ European Commission, Justice and Home Affairs DG Statement on Articles 15 and 73 // URL: http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_en_declaration.pdf (дата обращения: 30.08.2015).

и «активных» к договорам с участием потребителя, заключенным через Интернет. Первая группа авторов считает, что потребители в Интернете всегда «пассивны»⁵. Такие авторы выступают за максимальную защиту прав потребителей. Один автор полагает, что предприниматели, использующие в своей деятельности Интернет, не должны рассматриваться отдельно от «традиционных» предпринимателей, а нераспространение на потребителей в Интернете защитного режима создало бы преференции электронной коммерции, что противоречило бы свободному рынку и честной конкуренции в ЕС⁶.

Вторая группа авторов считает, что потребитель всегда «активен» и не вправе претендовать на особый защитный режим. Потребитель целенаправленно посещает сайты, к тому же поиск товаров в Интернете требует известной опытности⁷.

Третья группа авторов придерживается «нейтральной» точки зрения и считает, что специальный режим охраны не может быть предоставлен по умолчанию. Они выступают за проверку обстоятельств в каждом деле. Некоторые из этих авторов иллюстрируют невозможность квалифицировать потребителя как «активного» или «пассивного» по умолчанию, указывая на некоторые приемы, которые используют владельцы сайтов для привлечения потребителей, в частности использование баннеров, через которые потребители переходят на другие сайты часто вопреки своему желанию⁸.

Критерий направленной деятельности имеет целью положить конец этой дискуссии в правовой доктрине и юридической неопределенности в практике относительно вопроса, может ли потребитель в Интернете рассчитывать на специальный защитный режим. С введением нового критерия нужно обращать внимание только на то, направляет ли профессиональная сторона свою деятельность среди прочего в страну, где имеет место жительства потребитель. Однако «Брюссель I» не объясняет, что означает — «направлять деятельность».

Как указывалось выше, Европейская комиссия разъяснила, что «Брюссель I» затрагивает торговлю, осуществляемую через *интерактивные* сайты. Это значит, что пассивное распространение коммерческой информации через сайт не может рассматриваться как «направленная деятельность». Потребители должны, как минимум, иметь возможность заключить договор он-лайн. Нужно отметить, что Европейская комиссия адаптировала терминологию и концепцию, происходящую из судебной практики США и принадлежащую вышеназванной «нейтральной» точке зрения в европейской юридической доктрине.

При определении стран, в которые направлена деятельность профессиональной стороны, действующей через сайт, не должны приниматься во внимание язык и валюта сайта⁹. На некоторых языках говорят в нескольких странах, тогда как в Интернете английский язык является универсальным и общеупотребимым, вне зависимости от того, в какой стране действует сайт. Кроме того, возникает другой вопрос. Направляет

⁵ Lubitz M. Jurisdiction and Choice of Law for Electronic Contracts: an English Perspective // Computer und Recht. 2001. № 39. P. 41.

⁶ Stone P. Internet Consumer Contracts and European Private International Law // Information & Communication Technology Law. 2000. № 6. P. 8.

⁷ Powell M.D., Turner-Kerr P.M. Issues in e-commerce — European Union: Putting the e- in Brussels and Rome // Computer Law & Security Report. 2000. № 23. P. 24.

⁸ Jacquemyns L.R., Verbiest T. L'offre de services et produits financiers sur internet // RDAI. 2000. № 1. P. 27.

⁹ Debussere F. International Jurisdiction over E-Consumer Contracts in the European Union: Quid Novi Sub Sole? // International Journal of Law and Information Technology. 2002. Vol. 10. № 3. P. 358.

ли продавец свою деятельность только на страны, в которых определенный язык является официальным, или на всех лиц, говорящих на этом языке, где бы они ни находились? Наконец, с введением евро валюта больше не является строгим индикатором юрисдикции (однако если цена товара номинирована, например, в шведских кронах, это достоверно указывает, что деятельность профессиональной стороны направлена на Швецию). Исходя из этого, очевидно, что вес и значение национальных индикаторов будут отличаться в зависимости от ситуации. Также местонахождение сервера в стране, где находится потребитель, не может рассматриваться как имеющее существенное значение¹⁰.

В науке до сих пор не найден консенсус по вопросу: выражается ли направленность деятельности в принятии мер по включению конкретных юрисдикций в сферу деятельности профессиональной стороны или же, напротив, по исключению отдельных юрисдикций. Иначе говоря, деятельность либо направлена на весь мир, кроме исключенных юрисдикций, либо только на ограниченный перечень стран. И у того, и другого подхода есть достоинства и недостатки.

Некоторые авторы считают, что должны иметь место позитивные действия профессиональной стороны, которые демонстрируют намерение этой стороны вступить в договорные отношения с потребителем в юрисдикции места жительства последнего. Однако это еще не означает, что потребитель должен находиться в этой юрисдикции в момент заключения договора. Вместо этого он должен быть способен продемонстрировать, что имел постоянное место жительства в юрисдикции, на которую профессиональная сторона направляла свою деятельность в момент заключения договора с потребителем. Такой подход актуален для ситуаций, когда потребитель использует беспроводные технологии для заключения договора с профессиональной стороной через сайт во время путешествий между юрисдикциями (например, во время полета между Москвой и Нью-Йорком) или во время краткого нахождения в другой юрисдикции (например, в командировке или отпуске)¹¹.

Профессиональная сторона может использовать на сайте выпадающий список, который уточняет, на каких потребителей нацелен сайт. Ко всему прочему это требование заставит потребителей самодекларировать свое место нахождения. Однако в интересах честности, определенности и предсказуемости основной упор должен быть сделан на намерения профессиональной стороны осуществлять коммерческую деятельность в конкретной стране, а не на данных самодекларирования потребителя.

Другие авторы считают, что более справедливо руководствоваться мерами профессиональной стороны по ограничению юрисдикций, в которые она направляет свою деятельность. С их точки зрения, упор должен быть сделан не на том, какие страны профессиональная сторона хотела включить в сферу своей деятельности, а на том, какие хотела исключить. Так, Д. Свантенссон полагает, что при возникновении любого спора, являющегося прямым результатом предпринимательской деятельности в Интернете, потребитель может подать иск в суд государства, где он имеет обычное место жительства, если только профессиональная сторона не предприняла подходящих мер для избежания контактов с потребителями из данного государства¹².

¹⁰ Stone P. Op. cit. P. 9.

¹¹ Gillies L.E. Addressing the “Cyberspace Fallacy”: Targeting the Jurisdiction of an Electronic Consumer Contract // International Journal of Law and Information Technology. 2008. Vol. 16. № 3. P. 268.

¹² Svantensson D. What Should Article 7 — Consumer Contracts, of the Proposed Hague Convention, Aim to Accomplish in Relation to E-Commerce? // Computer Law & Security Report. 2001. Vol. 17. № 5. P. 323.

Подобными мерами, в частности, могут быть специальные заявления на сайте, требующие от потребителя указывать свое место жительства во время регистрации или использование технических средств, определяющих место нахождения потребителя (компьютера, с которого произошло соединение с Интернетом). Однако адекватность таких механизмов будет различаться.

Что касается заявлений на сайте, то они не вполне эффективны в отношении предупреждения заключения договоров с потребителями, имеющими место жительства за пределами указанных на сайте юрисдикций. Когда продавец осведомлен о месте нахождения потребителя, он способен предсказать, в каких странах ему может быть предъявлен иск. Однако встает проблема введения в заблуждение профессиональной стороны потребителем. Если потребитель в процессе регистрации декларирует, что имеет место жительства в одной из стран, на которые направлена деятельность сайта, что не соответствует действительности, вправе ли потребитель рассчитывать на защиту, предусмотренную в «Брюсселе I»? Некоторые авторы считают, что если профессиональная сторона действовала добросовестно, а потребитель ввел ее в заблуждение, защитные нормы не должны применяться¹³.

Подобный подход поддерживается далеко не всеми. Как отмечает А.И. Савельев, «наличие специальной оговорки на сайте о том, что он не предназначен для ведения коммерческой деятельности с потребителями из других стран (или отдельно взятых стран), вряд ли сможет исключить возможность установления юрисдикции суда по месту жительства потребителя в случае заключения договора с ним. Однако в случае наличия специальных организационных мер в виде предварительной идентификации географического положения потребителя в совокупности с блокированием возможности осуществления заказа из нежелательных юрисдикций таких мер может быть достаточно для вывода об отсутствии целенаправленной деятельности»¹⁴.

В отношении технических средств, определяющих географическое местоположение потребителя (например, через IP-адрес), в литературе высказывается мысль, что хотя такой способ и может быть эффективным в целях исключения возможности заключения договора с потребителями, находящимися в «нежелательных» странах, все же такие средства не позволяют гарантировать, что потребитель имеет домицилий в государстве, где он находится в момент заключения договора дистанционным способом¹⁵. Одновременно может быть заблокирована возможность заключения договора с потребителем, имеющим домицилий страны, в которой профессиональная сторона осуществляет направленную деятельность, однако временно находящимся на территории государства, исключенного из списка таких стран. Американские юристы даже предложили сформулировать «набор унифицированных принципов для регулирования того, как продавцы должны осуществлять направленную деятельность с помощью электронных средств, фильтровать пользователей таким образом, чтобы заранее знать, регулированию законов какой страны будут подвержены возникающие правоотношения»¹⁶.

¹³ Øren J.S.T. International Jurisdiction Over Consumer Contracts in E-Europe // The International and Comparative Law Quarterly. 2003. № 52. P. 675.

¹⁴ Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М., 2014 // СПС Консультант Плюс.

¹⁵ Øren J.S.T. Op. cit. P. 682.

¹⁶ Vartanian T.P. Whose Internet is it Anyway? The Law of Jurisdiction in Cyberspace: Achieving Legal Order Among the World's Nations. 2000 Global Internet Summit, 13–14 March 2000 // URL:<http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/resources/globalsummit.rtf> (дата обращения: 30.08.2015).

Сложности вызывает также и определение «целей, не связанных с предпринимательской или профессиональной деятельностью»¹⁷. Как действовать, если лицо приобретает товары или услуги для смешанного пользования, как, например, риелтор, который покупает машину, которую он использует как для работы, так и для транспортировки семьи в выходные? Другая «гибридная» ситуация: лицо приобретает товары или услуги для нужд профессиональной деятельности, но за пределами своей профессиональной специализации. Например, юрист может приобрести для работы компьютер, ничего не зная о мегабайтах и пентиумах. В подобном случае можно утверждать, что, действуя за пределами своей специальности, он должен рассматриваться как неквалифицированный профессионал, заслуживающий столько же защиты, сколько потребитель. При отсутствии в нормах «Брюссель I» ясного определения профессиональной деятельности такой подход мог бы защитить малые и средние предприятия¹⁸.

Однако в деле *Johann Gruber v. Bay Wa* Европейский суд постановил: «Лицо, которое заключает договор в целях, частично затрагивающих его предпринимательскую или профессиональную деятельность, не может рассчитывать на применение специальных правил юрисдикции, содержащихся в ст. 13–15 Конвенции, если только предпринимательская или профессиональная деятельность не ограничена настолько, что не должна приниматься во внимание в общем контексте поставки»¹⁹.

В электронной коммерции способность продавца точно определить статус стороны по договору часто осложнена отсутствием прямого контакта с покупателем²⁰. Некоторые ученые-правоведы разделяют точку зрения, что применение защитных норм зависит от фактической или подразумеваемой осведомленности о статусе покупателя. Им видится относительно ясным, что при определении осведомленности продавца о статусе покупателя должен быть принят во внимание характер товаров или услуг²¹.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 «Брюсселя I» потребитель может подать иск против другой стороны по договору в суд страны, в которой имеет место нахождения такая сторона, либо, вне зависимости от места нахождения такой стороны, в суд страны, где имеет место жительства потребитель. В то же время противоположная сторона вправе подавать иски против потребителя только в стране места жительства последнего (ч. 2 ст. 18). Это, однако, не затрагивает права на подачу встречного иска в тот же суд, в который был подан изначальный иск (ч. 3 ст. 18).

Отступления от «Брюсселя I» посредством соглашения сторон возможны только в трех случаях: во-первых, если такое соглашение заключено после возникновения спора; во-вторых, если такое соглашение позволяет потребителю подавать иски в иных судах, кроме установленных «Брюсселем I»; или, в-третьих, если соглашение заключено между потребителем и противоположной стороной, когда оба на момент заключения договора имеют место нахождения или обычное место жительства в одной и той же стране ЕС, и

¹⁷ Howells G., Reich N. The Current Limits of European Harmonization in Consumer Contract Law // ERA Forum. 2011. № 12. P. 41.

¹⁸ Wild C., Weinstein S., Riefa C. Council Regulation (EC) 44/2001 and Internet Consumer Contracts: Some Thoughts on Article 15 and the Futility of Applying 'in the box' Conflict of Law Rules to the 'out of box' Borderless World // International Review of Law, Computers & Technology. 2005. Vol. 19. № 1. P. 16.

¹⁹ Case C-464/01 // European Court Reports. 2005. I-00439.

²⁰ Benno J. Consumer Purchases through Telecommunications in Europe — Application of Private International Law to Cross-Border Contractual Disputes. Oslo. 1993. P. 81.

²¹ Foss M., Bygrave L.A. International Consumer Purchases through the Internet: Jurisdictional Issues pursuant to European Law // International Journal of Law and Information Technology. 2000. Vol. 8. P. 108.

такое соглашение устанавливает подсудность судов этой страны, если такое соглашение не противоречит праву этой страны (ст. 19).

Существуют опасения, что положения «Брюсселя I» приведут к сценарию, когда профессиональная сторона, ведя предпринимательскую деятельность через Интернет, столкнется с риском быть вызванной в суд в любом государстве ЕС. Утверждается, что это существенно повысит издержки предпринимательской деятельности он-лайн и что в результате малые и средние предприятия станут воздерживаться от предложения своей продукции в Интернете потребителям из ЕС. Это может затормозить развитие электронной коммерции в Европе²².

Таким образом, хотя переформулированные по сравнению с содержавшимися в Конвенции положения «Брюсселя I» распространяют свое действие на договоры, заключенные в Интернете, вопросы, касающиеся применения концепции направленной деятельности, не только не утратили, но и приобрели еще большую актуальность.

Российское законодательство не содержит норм, аналогичных положениям Регламента. В соответствии с п. 7 ст. 29 ГПК РФ и п. 2 ст. 17 Закона о защите прав потребителей, если в качестве стороны договора, заключенного в Интернете, выступает потребитель, то иск может быть предъявлен в суд по месту жительства (месту пребывания) истца, по месту заключения или месту исполнения договора. При этом потребитель не может быть лишен или ограничен в реализации данного права договором²³.

При разработке норм о международной подсудности споров из договоров с участием потребителя должен быть учтен европейский опыт. Неравенство переговорных сил в договорах с участием потребителя в условиях господства автономии воли сторон в международном договорном праве потенциально ущемляет права потребителей. Поэтому современным подходом является ограничение автономии воли сторон в договорах с участием потребителя относительно выбора как компетентного суда, так и применимого права. Европейское частное право презюмирует, что потребитель является слабой стороной и ему должна быть предоставлена защита, в том числе в области международного частного права и международного гражданского процесса. Так, потребитель всегда имеет право обратиться в суд в стране его места жительства (выступая в качестве как истца, так и ответчика), а действие оговорки о подсудности в договорах с участием потребителя ограничивается.



Библиография

Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М.: Статут, 2014 // СПС Консультант Плюс.

Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Кн. первая: монография / под ред. М. М. Богуславского, А. Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М.: Норма, 2013 // СПС Консультант Плюс.

Benno J. Consumer Purchases through Telecommunications in Europe — Application of Private International Law to Cross-Border Contractual Disputes. Oslo. 1993. 146 p.

Debussere F. International Jurisdiction over E-Consumer Contracts in the European Union: Quid Novi Sub Sole? // International Journal of Law and Information Technology. 2002. Vol. 10. № 3. P. 344–366.

²² *Oren J.S.T.* Op. cit. P. 689.

²³ П. 22 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей»; п. 7 информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров».

- Foss M., Bygrave L.A. International Consumer Purchases through the Internet: Jurisdictional Issues Pursuant to European Law // *International Journal of Law and Information Technology*. 2000. Vol. 8. P. 99–138.
- Gillies L.E. Addressing the “Cyberspace Fallacy”: Targeting the Jurisdiction of an Electronic Consumer Contract // *International Journal of Law and Information Technology*. 2008. Vol. 16. № 3. P. 242–269.
- Howells G., Reich N. The Current Limits of European Harmonization in Consumer Contract Law // *ERA Forum*. 2011. № 12. P. 39–57.
- Jacquemyns L.R., Verbiest T. L'offre de services et produits financiers sur internet // *RDAI*. 2000. № 1. P. 3–41.
- Lubitz M. Jurisdiction and Choice of Law for Electronic Contracts: an English Perspective // *Computer und Recht*. 2001. № 39. P. 39–44.
- Øren J.S.T. International Jurisdiction Over Consumer Contracts in E-Europe // *The International and Comparative Law Quarterly*. 2003. № 52. P. 665–695.
- Powell M.D., Turner-Kerr P.M. Issues in E-commerce — European Union: Putting the E-Commerce in Brussels and Rome // *Computer Law & Security Report*. 2000. № 23. P. 23–27.
- Stone P. Internet Consumer Contracts and European Private International Law // *Information & Communication Technology Law*. 2000. № 6. P. 5–15.
- Svantensson D. What Should Article 7 — Consumer Contracts, of the Proposed Hague Convention, Aim to Accomplish in Relation to E-Commerce? // *Computer Law & Security Report*. 2001. Vol. 17. № 5. P. 318–325.
- Vartanian T.P. Whose Internet is it Anyway? The Law of Jurisdiction in Cyberspace: Achieving Legal Order Among the World's Nations. 2000 Global Internet Summit, 13–14 March 2000 // URL: <http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/resources/globalsummit.rtf> (дата обращения: 30.08.2015).
- Wild C., Weinstein S., Riefa C. Council Regulation (EC) 44/2001 and Internet Consumer Contracts: Some Thoughts on Article 15 and the Futility of Applying ‘in the box’ Conflict of Law Rules to the ‘out of box’ Borderless World // *International Review of Law, Computers & Technology*. 2005. Vol. 19. № 1. P. 13–21.
-

International Jurisdiction of Disputes Involving Consumer Contracts



Roman S. Reznik

Post graduate 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 rapid development of technology leads to the deepening of globalization processes, in particular the extensive growth of e-commerce, which is becoming increasingly international in nature. The Internet provides the opportunity to remotely purchase items, not represented in the local market, which leads to the development of cross-border retail trade. From a legal point of view, one of the main problems of this phenomenon is to protect consumers' rights in cross-border aspect. Private international law provides consumers with protection of three types: procedural, conflict of laws and substantive. Of paramount importance is the question of the international jurisdiction: the court of which country is competent to settle disputes arising from cross-border consumer contract? The special status of the consumer as an economically weaker party does not allow being limited to the general rules of jurisdiction. EU law, as the legislations of many countries in other regions of the world, contains specific procedural conflict rules that are based on certain principles establish the jurisdiction of the court of a State to hear disputes from consumer contracts. In Russia, such a regulation is missing. Thus, the Russian system of consumer protection in cross-border aspect is deprived of an essential element. For the purpose of making recommendations on improving Russian private international law, the paper discusses the content of particular articles of the Regulations of Brussels I — a fundamental act of the EU in the field of the regulation of international jurisdiction, as well as doctrinal positions of foreign scientists. The article concludes on the need to limit the autonomy of the parties in determining the jurisdiction of disputes

involving contracts with consumers. The basis of the solution of procedural conflict question may be, as well as in European law, the criterion for targeted activities that solves a number of issues. At the same time, this criterion gives rise to new theoretical and practical problems that have not yet had any solution in the doctrine and legislation — the definition of *directed activity per se*, as well as the scope of *business* or *professional* activities that we need to know to determine the status of the consumer.



Keywords

international private law, international civil process, international jurisdiction, consumer, weak side, consumer, directed activity, European Union laws, EU law.

Citation: Resnick R. (2015) *International Jurisdiction of Disputes Involving Consumer Contracts*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 165–174 (in Russian)



References

Boguslavskiy M.M., Lisitsyn-Svetlanov A.G., Trunk A. (eds.) (2013) *Sovremennoe mezhdunarodnoe chastnoe pravo v Rossii i Evrosoyuze. Kn. pervaya: monografiya* [Modern International Private Law in Russia and the EU. Book 1. Monograph]. Moscow: Norma, p. 285 (in Russian)

Benno J. (1993) *Consumer Purchases through Telecommunications in Europe — Application of Private International Law to Cross-Border Contractual Disputes*. Oslo.

Debussere F. (2002) International Jurisdiction over E-Consumer Contracts in the European Contracts in the European Union: Quid Novi Sub Sole? *International Journal of Law and Information Technology*. Vol. 10, no 3, pp. 344–366.

European Commission, Justice and Home Affairs DG Statement on Articles 15 and 73. Available at: URL: http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_en_declaration.pdf (accessed: 30 August 2015).

Foss M., Bygrave L.A. (2000) International Consumer Purchases through the Internet: Jurisdictional Issues pursuant to European Law. *International Journal of Law and Information Technology*. Vol. 8, pp. 99–138.

Gillies L.E. (2008) Addressing the “Cyberspace Fallacy”: Targeting the Jurisdiction of an Electronic Consumer Contract. *International Journal of Law and Information Technology*. Vol. 16, no 3, pp. 242–269.

Howells G., Reich N. (2011) The current limits of European harmonization in consumer contract law. *ERA Forum*, no 12, pp. 39–57.

Jacquemyns L. R., Verbiest T. (2000) L'offre de services et produits financiers sur internet. *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht*, no 34.

Lubitz M. (2001) Jurisdiction and Choice of Law for Electronic Contracts: an English Perspective. *Computer und Recht*, no 39, pp. 39–44.

Øren J.S.T. (2003) International Jurisdiction Over Consumer Contracts in E-Europe. *The International and Comparative Law Quarterly*. 2003. no. 52, pp. 665–695.

Powell M.D., Turner-Kerr P.M. (2000) Issues in e-commerce — European Union: Putting the e- in Brussels and Rome. *Computer Law & Security Report*, no 23, pp. 23–27.

Savel'ev A.I. (2014) *Elektronnaya kommersiya v Rossii i za rubezhom: pravovoe regulirovanie* [E-commerce in Russia and Abroad]. SPS «Konsul'tant Plyus»

Stone P. (2000) Internet Consumer Contracts and European Private International Law. *Information & Communication Technology Law*, no 6, pp. 5–15.

Svantensson D. (2001) What Should Article 7 — Consumer Contracts, of the Proposed Hague Convention, Aim to Accomplish in Relation to E-Commerce? *Computer Law & Security Report*. Vol. 17, no 5, pp. 318–325.

Vartanian T.P. (2000) Whose Internet is it Anyway? The Law of Jurisdiction in Cyberspace: Achieving Legal Order Among the World's Nations. Global Internet Summit, 13-14 March 2000. Available at: URL: <http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/resources/globalsummit.rtf> (accessed: 30 August 2015).

Wild C., Weinstein S., Riefa C. (2005) Council Regulation (EC) 44/2001 and Internet Consumer Contracts: Some Thoughts on Article 15 and the Futility of Applying 'in the box' Conflict of Law Rules to the 'out of box' Borderless World. *International Review of Law, Computers & Technology*. Vol. 19, no 1, pp. 13–21.

Порядок разрешения налоговых споров в Южно-Африканской Республике¹



С.В. Янкевич

преподаватель кафедры финансового, налогового и таможенного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», старший научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: semyon.yankevich@gmail.com



Аннотация

Налоговая система Южно-Африканской Республики в последнее время переживает значительные изменения. Основой реформирования порядка административного и судебного обжалования решений Государственной службы доходов ЮАР стало принятие Закона о налоговом администрировании в 2012 г. В статье исследуется правовое регулирование способов разрешения налоговых споров в Южно-Африканской Республике. Первой инстанцией разрешения конфликтов между налогоплательщиками и налоговыми органами является Налоговый совет — административный орган в структуре Государственной службы доходов. В Налоговый совет входят председательствующий, назначаемый из числа адвокатов, сертифицированный бухгалтер и представитель предпринимательского сообщества. В случае неудовлетворенности решением Совета участники налоговых правоотношений вправе обратиться в налоговый суд. Система налогового судопроизводства был учреждена в соответствии с Конституцией ЮАР 1996 г. Налоговые суды располагаются в четырех городах, что, по мнению специалистов, влечет для налогоплательщиков дополнительные расходы, усложняет доступ к специализированному правосудию, следовательно, ухудшает положение налогоплательщиков. Решения налоговых судов могут быть обжалованы в отделения Верховного суда ЮАР в провинциях. Данные суды могут подтвердить оценку обязательства налогоплательщика, отменить решение налогового суда и принять новое решение, либо направить дело в налоговый суд с требованием рассмотреть его повторно в новом составе судей. Наконец, налогоплательщики имеют право обратиться в Высший апелляционный суд, решение которого имеют силу прецедента и, как правило, налогоплательщиками не обжалуются. Тем не менее Конституционный суд ЮАР вправе пересматривать решения Высшего апелляционного суда. Однако в настоящее время вопреки требованиям законодательства процедура рассмотрения налоговых споров Конституционным судом ЮАР отсутствует. Особое внимание автор уделяет альтернативным способам разрешения налоговых споров. Успешно зарекомендовали себя медиация и арбитраж. Однако наибольший интерес представляет институт Налогового омбудсмана, учрежденный в 2012 г. Налоговый омбудсмен должен рассматривать жалобы с помощью справедливых и экономически эффективных мер. Данный метод решения споров разработан как простое и доступное средство для налогоплательщиков, которые имеют правомерные жалобы, относящиеся к административным делам, плохому качеству обслуживания или неспособности Государственной службы доходов соблюдать права налогоплательщиков.



Ключевые слова

налогоплательщик, Южно-Африканская Республика, налоговый спор, неуплата налогов, Налоговый совет, налоговый суд, Налоговый омбудсмен.

¹ Данное исследование (№ 14-05-0025) выполнено при поддержке Программы Научного фонда НИУ ВШЭ в 2015 г.

Библиографическое описание: Янкевич С.В. Порядок разрешения налоговых споров в Южно-Африканской Республике // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 174–185.

JEL: Л34; УДК: 34

Вводные положения

Налоговая система Южно-Африканской Республики (далее — ЮАР) является примером налоговой системы, находящейся на стадии становления и формирования правового регулирования.

1 октября 2012 г. в ЮАР вступил в силу Закон о налоговом администрировании (*Tax Administration Act, 2012*)², в соответствии с которым была учреждена Государственная служба доходов ЮАР (*South African Revenue Service, SARS*), и установлены права и обязанности основных участников налоговых правоотношений — налоговых органов и налогоплательщиков. Проект Закона о налоговом администрировании был обнародован министром финансов в отчете об исполнении бюджета за 2005 года, после чего последовали обсуждения в специально созданных комиссиях с привлечением широкой, в том числе научной общественности. Подписанный текст закона был опубликован 4 июля 2012 г.

Основной целью создания Государственной службы доходов ЮАР в соответствии с законодательством является эффективный сбор налогов и сборов. В целях реализации данного полномочия законодательство предусматривает два основных инструмента:

- во-первых, установление ответственности за совершение нарушений налогового законодательства;

- во-вторых, процедуры по рассмотрению налоговых споров³.

Процедуры, предусмотренные Законом о налоговом администрировании, применяются в спорах по поводу не только налогов, но и таможенных платежей — таможенных пошлин, налога на продажу (при импорте товаров), акцизного налога (при импорте товаров) и таможенных платежей, установленных Законом о таможенных и акцизных сборах (*Customs and Excise Act*)⁴.

Законодательство предусматривает процедуры последовательного (*step-by-step*) обжалования решений и (или) действий (бездействия) налоговых органов: налогоплательщики имеют право обращаться в суд только после рассмотрения дела в административном порядке.

Наиболее частым нарушением налогового законодательства в ЮАР является неуплата налога, вызванная сокрытием объекта налогообложения, уменьшением налоговой базы или неправильным исчислением налога. В данном случае Государственная служба доходов направляет налогоплательщику требование об уплате налога и выносит решение о привлечении налогоплательщика к ответственности в виде штрафа. Именно данные решения чаще остальных становятся предметом обжалования в судебном и административном порядке.

² Tax Administration Act, 2012 // <http://www.sars.gov.za/AllDocs/LegalDoclib/AABC/LAPD-LPrim-Act-2012-01%20-%20Tax%20Administration%20Act%202011.pdf> (дата обращения: 14.10.2015).

³ Explanatory Memorandum on the Taxation Laws Amendment Bill, 2010 // <http://www.sars.gov.za/Legal/Preparation-of-Legislation/Pages/Explanatory-Memoranda.aspx> (дата обращения: 14.10.2015).

⁴ Customs and Excise Act, 1964 [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://www.sars.gov.za/Legal/Primary-Legislation/Pages/Schedules-to-the-Customs-and-Excise-Act.aspx> (дата обращения: 14.10.2015).

Рассмотрение налоговых споров в Налоговом совете

Налоговый совет⁵ (*Tax Board*) формируется министром финансов в сроки, определенные Законом о налоговом администрировании, и состоит из адвоката (*advocate*) или атторнея (*attorney*) в качестве председательствующего. Адвокат и атторней назначаются из числа лиц, перечень которых утверждается министром финансов по представлению председателя соответствующего суда (*Judge President*) сроком на пять лет⁶. В соответствии со ст. 108 Закона о налоговом администрировании по требованию председателя Совета или налогоплательщика в заседании могут принимать участие бухгалтер (*accountant member*) и представитель предпринимательского сообщества (*commercial member*). Налоговый совет вправе проводить слушания, когда сумма налогов, предъявленная к уплате в бюджет, не превышает 200 тыс. рандов (около 100 тыс. руб.).

Согласно ч. 4 ст. 109 Закона о налоговом администрировании жалоба на решение и (или) действия (бездействие) должностных лиц Государственной службы доходов может быть подана в Налоговый совет в течение 30 дней со дня вступления в силу решения Службы, нарушающего права и законные интересы налогоплательщика, или с момента, когда налогоплательщик узнал или должен был узнать о нарушении своих прав. После получения заявления и документов налогоплательщика сотрудник Государственной службы доходов осуществляет проверку на соблюдение формальных требований и в случае принятия жалобы информирует налогоплательщика о месте и времени рассмотрения дела. При рассмотрении налоговых споров в налоговом совете применяются Правила судопроизводства в магистратских судах ЮАР⁷.

В соответствии с ч. 3 и 4 ст. 113 Закона о налоговом администрировании налогоплательщики вправе защищать свои интересы лично или через представителя. В начале заседания председательствующий осуществляет проверку полномочий представителей сторон. После открытия заседания председательствующий конкретизирует предмет спора. Стороны предъявляют доказательства по делу, на которых основаны их позиции.

Налоговый совет вправе подтвердить оценку суммы налога, предъявленную Государственной службой доходов, удовлетворить требование налогоплательщика, либо отменить решение налогового органа и направить его в Государственную службу доходов для повторного рассмотрения. В соответствии со ст. п. 2 ст. 114 Закона о налоговом администрировании и п. 4 ст. 28 Правил судопроизводства в магистратских судах ЮАР решение налогового совета должно быть принято в течение 60 дней со дня заседания. Копия решения направляется сторонам в течение 10 дней со дня принятия решения. Заседания Совета проводятся в закрытом режиме, и решения не публикуются. Решения Совета имеют характер *inter partes* и не являются прецедентами.

В случае неудовлетворенности одной из сторон решением Налогового совета дело может быть передано в налоговый суд (*Tax Court*). Согласно ст. 29 Правил судопроизводства в магистратских судах ЮАР процедура пересмотра решения Совета в налоговом суде возможна, если налогоплательщик или Государственная служба доходов успели уведомить Совет о намерении обжаловать его решение в налоговый суд в течение

⁵ В каждой провинции создается до семи налоговых советов.

⁶ Dispute Resolution Guide: Guide on the Rules Promulgated in Terms of Section 103 of the Tax Administration Act, 2011. October, 2014 // <http://www.sars.gov.za/AllDocs/OpsDocs/Guides/LAPD-TAdm-G05%20-%20Dispute%20Resolution%20Guide%20-%20External%20Guide.pdf> (дата обращения: 14.10.2015)

⁷ Proceedings of the Magistrates' Courts of South Africa.

21 рабочего дня со дня рассмотрения спора и до истечения 60 дней, предусмотренных законодательством ЮАР для вынесения решения по существу.

В течение 10 дней со дня получения уведомления и жалобы сотрудник Совета обязан передать оригиналы документов председателю соответствующего налогового суда, а копии документов — второй стороне. Судья налогового суда изучает документы, оценивает перспективы рассмотрения дела судом и в течение 15 дней со дня получения документов принимает решение о принятии жалобы к рассмотрению или отказе в принятии жалобы. Сотрудник Совета извещает заявителя и ответчика о принятом судьей решении не позднее 10 дней со дня его принятия.

Рассмотрение дел в налоговых судах

Система налогового судопроизводства установлена Конституцией ЮАР 1996 г.⁸. Судьи назначаются Президентом Республики. Налоговые суды располагаются в четырех городах: Альбертоне (провинция Гаутенг), Беллвилле (Западная Капская провинция), Претории (провинция Гаутенг), Дурбане (провинция Квазулу-Наталь). Налоговый суд вправе рассматривать жалобы на решения налогового совета, также вправе принимать возражения и иные обращения, касающиеся рассматриваемого дела. В соответствии со ст. 117 Закона о налоговом администрировании налоговые суды вправе рассматривать:

- жалобы на решения Налогового совета;
- жалобы на нарушение Советом процессуальных норм при рассмотрении дела.

Налоговый суд состоит из судьи Верховного суда ЮАР (*the High Court*), который председательствует в процессе, бухгалтера (*accountant member*) и представителя предпринимательского сообщества (*commercial member*), которые назначаются из числа лиц, перечень которых утверждает Президент ЮАР сроком на пять лет⁹.

Налоговые суды рассматривают дела, по которым сумма неуплаченных налогов и сборов не превышает 500 тыс. рандов (около 2,5 млн. руб.). Тем не менее по поручению Верховного суда ЮАР налоговые суды могут принимать к производству дела, сумма неуплаченных налогов и сборов по которым превышает 50 млн. рандов (около 240 млн. руб.). В данном случае дело подлежит рассмотрению тремя судьями.

Основанием для рассмотрения дела в налоговом суде служит направление налогоплательщиком или Государственной службой доходов жалобы на решение Налогового совета. К жалобе прилагаются обжалуемое решение Совета и доказательства. Ответчик в течение 45 дней со дня получения уведомления о подаче второй стороной дела жалобы обязан дать ответ. Необходимо отметить, что жалоба в налоговый суд по своей природе отличается от привычного понимания жалобы в процессуальном законодательстве ЮАР. Используемый в Законе о налоговом администрировании термин «жалоба», скорее, означает требование о пересмотре дела (*re-hearing*)¹⁰.

Данное обстоятельство влияет на правовой статус самого налогового суда, который не является апелляционным судом (судом второй инстанции), а выступает в качестве

⁸ Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1997 // <http://www.icnl.org/research/library/files/South%20Africa/constitution.pdf> (дата обращения: 05.10.2015)

⁹ Kotze J. South Africa // *The Tax Disputes And Litigation Review* / ed. by S. Whitehead. London, 2014. P. 242.

¹⁰ Gad R., Solomon T. How Important are Pleadings in the Tax Court // *TAX TALK*. South Africa's leading tax journal. 2013. Issue 41. P. 32–33.

суда для пересмотра дела (*the court of revision*), и его решения в случае соответствующего требования налогоплательщиков и Государственной службы доходов могут заменить решение председателя Налогового совета¹¹.

Производство в налоговом суде начинается с предварительных слушаний. Каждая из сторон формулирует требования, вправе заявить ходатайства и предъявить дополнительные доказательства, которые не были направлены в суд вместе с жалобой. Суд вправе самостоятельно истребовать от сторон документы, которые могут иметь значение для разрешения дела. Стороны обязаны направить суду данные документы в течение 45 дней со дня получения соответствующего требования.

В рамках предварительного слушания стороны могут заявить дополнительные требования. По результатам оценки таких требований суд принимает решение о целесообразности их рассмотрения в рамках открытого производства или выделении данного требования в самостоятельное производство. Кроме этого, на предварительной стадии рассмотрения дела решается вопрос об участии в судебном заседании свидетелей и экспертов. Уведомление о вызове в суд должно быть направлено за 30 дней до даты рассмотрения дела по существу.

По общему правилу в соответствии с ч. 2 ст. 124 Закона о налоговом администрировании заседания налогового суда проходят в закрытом режиме, тем не менее, в исключительных случаях председатель налогового суда (*President of the Tax Court*) вправе допустить в зал судебного заседания слушателей.

Налогоплательщики вправе защищать свои интересы лично или через представителей. Представителями Государственной службы доходов кроме уполномоченных должностных лиц могут быть также адвокаты и солиситоры. Бремя доказывания ложится на сторону, подавшую жалобу в налоговый суд. Заявитель приводит аргументы и доказательства, после чего выступает ответчик, затем приглашаются свидетели и эксперты, если ранее было принято решение об их участии в процессе.

Налоговый суд принимает одно из следующих решений:

- подтвердить правомерность оценки налогового обязательства Государственной службой доходов;
- отменить решение Службы или Налогового совета и принять новое решение;
- направить дело на повторное рассмотрение в Государственную службу доходов с рекомендациями по осуществлению повторной оценки налогового обязательства.

Копия решения налогового суда направляется сторонам в течение 21 дня со дня его принятия.

Решения налогового суда публикуются на сайте Государственной службы доходов в форме, которая исключает возможность идентифицировать налогоплательщика. Налогоплательщик или Государственная служба доходов в случае несогласия вправе обжаловать решение налогового суда в отделение Верховного суда в провинции (*provincial division of the High Court*) или в Высший апелляционный суд (*Supreme Court of Appeal*), без рассмотрения дела в Верховном суде провинции в случае согласия председателя налогового суда.

Жалоба на решение налогового суда должна быть подана в отделение Верховного суда ЮАР в течение 15 дней со дня принятия решения налогового суда.

¹¹ *Croome B.*, Amendments to the Tax Administration Act of 2013 // TAXTALK. South Africa's leading tax journal. 2013. Issue 41. P. 27.

Разрешение налоговых споров в Верховном суде

Верховный суд ЮАР имеет отделения в каждой провинции. Юрисдикция каждого отделения распространяется на территорию провинции и лиц, являющихся резидентами данной провинции или временно пребывающих на ее территории¹². В соответствии с Законом о налоговом администрировании налогоплательщик или Государственная служба доходов вправе обратиться в провинциальное отделение Верховного суда ЮАР с требованием об обжаловании решений налогового суда. Заседания отделений Верховного суда проходят в открытом режиме, судебные решения подлежат обязательному опубликованию.

Сторона, намеревающаяся обжаловать решение налогового суда, обязана в течение 21 рабочего дня после передачи заявления регистратору направить копию жалобы и необходимых документов второй стороне. В соответствии со ст. 134 Закона о налоговом администрировании жалоба на решение налогового суда должна содержать:

- наименование подразделения Верховного суда ЮАР, которому адресована жалоба;
- реквизиты обжалуемого решения;
- требование налогоплательщика или Государственной службы доходов и желаемый результат рассмотрения дела;
- аргументы и доказательства в обоснование позиции заявителя.

Как и в налоговом суде, рассмотрение спора по существу предваряет предварительное слушание. Кроме конкретизации позиции сторон, истребования дополнительных доказательств и материалов, которые могут иметь значение для дела, Верховный суд ЮАР стремится примирить стороны, позволить им при помощи суда найти взаимовыгодное решение. Именно поэтому данная стадия не именуется привычными в таких случаях терминами *pre-hearing* или *preliminary pleading*, а получила название *pre-trial conference*.

Если во время предварительного слушания сторонами не достигнуто договоренности, судья принимает решение о рассмотрении дела по существу. Первое судебное заседание должно быть проведено не позднее 25 дней со дня предварительных слушаний.

Рассмотрение дела по существу начинается с представления позиции заявителя и исследования доказательств судом. После этого право ответить на требования заявителя получает ответчик, чаще всего — представитель Государственной службы доходов. По инициативе судьи или представителей сторон к производству могут быть привлечены свидетели и эксперты. В соответствии с Законом о налоговом администрировании экспертами являются лица, обладающие глубокими знаниями в данной области, и чье мнение в силу отсутствия у суда соответствующей компетенции может иметь значение для решения дела. Требование о явке в суд направляется свидетелям и экспертам не позднее 15 дней до судебного заседания. В свою очередь письменные показания свидетеля и заключения экспертов должны быть предоставлены за 10 дней до даты судебного заседания.

¹² В составе ЮАР девять провинций: Западно-Капская (административный центр — Кейптаун), Северо-Капская (административный центр — Кимберли), Восточно-Капская (административный центр — Бишо), Квазулу-Натал (административный центр — Питермарицбург, Свободное государство (административный центр — Блумфонтейн, Северо-Западная провинция (административный центр — Мафекинг), Гаутенг (административный центр — Йоханнесбург), Мпумаланга (административный центр — Мбомбела), Лимпопо (административный центр — Полокване).

Отделение Верховного суда ЮАР вправе принять одно из следующих решений:

- оставить решение налогового суда в силе;
- отменить решение налогового суда и вернуть дело на повторное рассмотрение новым составом суда;
- отменить решение налогового суда и принять новое решение по делу.

Решения каждого из отделений Верховного суда ЮАР содержат правовую позицию, которую должны учитывать Верховный суд ЮАР и все прочие его отделения в провинциях. Для Высшего апелляционного суда и Конституционного суда данные решения характера прецедента не имеют.

Рассмотрение налоговых споров в Высшем апелляционном суде

Высший апелляционный суд располагается в Блумфонтейне (*Bloemfontein*). По общему правилу он рассматривает только дела, поступающие из Верховного суда. Тем не менее, дела по налоговым спорам могут быть направлены в Высший апелляционный суд непосредственно из налогового суда по требованию налогоплательщика или Государственной службы доходов.

При намерении обжаловать решение налогового суда или отделения Верховного суда ЮАР заявитель должен подать заявление в канцелярию Высшего апелляционного суда в течение месяца со дня принятия обжалуемого решения. Данный срок может быть продлен на основе мотивированного ходатайства заявителя на срок не более двух месяцев. Вместе с жалобой заявителя суд, принявший обжалуемое решение, обязан в течение 15 дней со дня регистрации жалобы направить в Высший апелляционный суд все материалы по делу. Дела рассматривают пять судей в открытом судебном заседании. Время рассмотрения дела строго ограничено п. 14 Регламента Высшего суда¹³. Так, представление позиции заявителя и мнение ответчика не должно длиться более часов, мнение суда и оглашение решения по делу — не более 25 минут.

Высший суд вправе принять одно из следующих решений:

- оставить решение налогового суда или отделения Верховного суда в силе;
- отменить решение налогового суда или отделения Верховного суда и направить дело в налоговый суд или отделение Верховного суда в провинции для повторного рассмотрения в новом судебном составе;
- отменить решение налогового суда и принять новое решение по делу.

Решения Высшего апелляционного суда имеют силу прецедента. Правовая позиция, содержащаяся в актах данной судебной инстанции, является обязательной для судов ЮАР, кроме Конституционного суда¹⁴.

Альтернативные способы разрешения налоговых споров

Альтернативные способы разрешения налоговых споров в последнее время приобретают все большую популярность среди налогоплательщиков, поскольку позволяют в

¹³ Rules Regulating the Conduct of the Proceedings of the Supreme Court of Appeal of South Africa // <http://www.justice.gov.za/sca/rules.html> (дата обращения: 10.10.2015)

¹⁴ См. подробнее: *Croome B.*, New Tax Dispute Resolutions Promulgated. September, 2014 // <http://www.mondaq.com/southafrica/x/340630/tax+authorities/New+Tax+Dispute+Resolutions+Promulgated> (дата обращения: 10.10.2015)

максимально короткие сроки уладить разногласия с Государственной службой доходов. Традиционное разрешение налоговых споров основано на передаче большинства дел специально созданным органам государственной власти, либо административным инстанциям в структуре Государственной службы доходов, либо судам. В случае с альтернативными способами разрешения налоговых споров в основе лежит трехсторонний (или двусторонний) договор с арбитром¹⁵.

В ЮАР существует несколько альтернативных способов разрешения налоговых споров. Уже зарекомендовали себя медиация и арбитраж как способ передачи дела третьей, не заинтересованной в исходе спора стороне¹⁶. Все большее значение в налоговом процессе приобретает Налоговый омбудсмен (*Tax Ombudsman*). Данный институт был создан в 2012 г. после принятия Закона о налоговом администрировании. Налоговый омбудсмен защищает права налогоплательщиков и осуществляет свою деятельность в противовес обширным полномочиям, которыми Закон о налоговом администрировании наделил Государственную службу доходов.

Налоговый омбудсмен назначается министром финансов для обеспечения независимости от Государственной службы доходов. Срок полномочий и условия деятельности Налогового омбудсмента также определяются министром финансов. Налоговый омбудсмен располагается в Претории и имеет представительства в других провинциях. Служба Налогового омбудсмента имеет вебсайт, на котором размещается соответствующая информация, контактные данные, формы для подачи заявлений и т.п. Информация о том, когда и как можно связаться с Налоговым омбудсменом, также распространяется Государственной службой доходов¹⁷.

Прежде подачи жалобы Налоговому омбудсмену налогоплательщик должен попытаться решить вопрос в административном порядке, путем подачи жалобы в Налоговый совет Государственной службы доходов.

Одним из недостатков деятельности Налогового омбудсмента ЮАР в настоящее время является нечеткость процедуры рассмотрения споров, в том числе установленных для разрешения дел сроков. Судья Б. Нгоэпе — действующий Налоговый омбудсмен в ЮАР — заверил на презентации службы Налогового омбудсмента, что если все внутренние процессы в Государственной службе доходов были использованы и вся документация была правильно заполнена, то спорные вопросы будут решаться в течение 10–15 рабочих дней. «Очевидно, что это будет зависеть от характера спора. Но мы разрешили наш первый спор в течение 10 дней после получения документов, и это был сложный спор», — сообщил Нгоэпе¹⁸.

Все дела, направляемые Налоговому омбудсмену, можно классифицировать на две группы:

¹⁵ Nolan D., Frank N. Tax Dispute Resolution: A New Chapter Emerges. 62 Tax Notes International. Pp. 733–734. May 30, 2011.

¹⁶ Alternative Dispute Resolution: What to do if you dispute your tax assessment. October, 2014. // <http://www.sars.gov.za/AllDocs/OpsDocs/Guides/LAPD-TAdm-G07%20-%20Guide%20on%20Dispute%20of%20a%20Tax%20Assessment%20-%20External%20Guide.pdf> (дата обращения: 14.10.2015)

¹⁷ Walker G. The Ombudsman & SARS / Taxpayer Relations // TAX TALK. 2014. Issue 44. P. 30.

¹⁸ Балко Т., Тютюрюков В. Исследование действующей ситуации в Казахстане, применимости международного опыта в области независимого внесудебного института рассмотрения налоговых споров и совершенствования института внесудебной налоговой апелляции в налоговом органе. 2014 // <http://ank.kz/docs/Досудебное%20рассмотрение%20споров.pdf> (дата обращения: 10.10.2015)

- во-первых, разногласия по толкованию закона;
- во-вторых, разногласия по методам администрирования налогов и сборов¹⁹.

Налоговый омбудсмен должен рассмотреть и решить жалобу, поданную налогоплательщиком, и разрешить спор с помощью справедливых и экономически эффективных мер. Этот метод решения споров разработан как средство простое и доступное для налогоплательщиков, которые имеют правомерные жалобы, относящиеся к административным делам, плохому качеству обслуживания или неспособности Государственной службы доходов соблюдать права налогоплательщиков²⁰.

При выполнении обязанностей Налоговый омбудсмен должен:

- рассмотреть жалобу и, если необходимо, решить ее с помощью медиации или примирения;
- действовать независимо при решении жалобы;
- следовать неформальным, справедливым и экономически эффективным процедурам;
- информировать налогоплательщика о процедурах обработки жалобы;
- облегчать доступ налогоплательщиков к механизмам решения жалоб посредством обращения в Государственную службу доходов²¹.

Ежегодно Налоговый омбудсмен направляет министру финансов ЮАР отчет, который содержит сведения о системных и вновь возникающих вопросах, связанных с применением Закона о налоговом администрировании, которые негативно сказываются на налогоплательщиках. Омбудсмен также вносит предложения по совершенствованию налогового законодательства ЮАР.

Заключение

Налоговая система ЮАР — пример молодой, динамично развивающейся налоговой системы. Законы, регламентирующие как общие начала налоговых отношений, так и непосредственно устанавливающие налоги и сборы, вводят новые институты и инструменты, в том числе для разрешения налоговых споров между налогоплательщиками и Государственной службой доходов. Одной из таких новелл стал институт Налогового омбудсмана ЮАР, позволяющий в короткие сроки и эффективно рассматривать дела, в том числе, связанные с неполной уплатой налоговой. Налоговый омбудсмен является альтернативой рассмотрению налоговых споров в налоговом совете, налоговых судах, высших судебных инстанциях ЮАР.

Тем не менее данный институт нуждается в более детальном правовом регулировании: конкретизации полномочий Налогового омбудсмана ЮАР, формализации результатов рассмотрения дел, определении сроков разрешения конфликтов между налогоплательщиками и налоговыми органами.

В более тщательной правовой регламентации нуждаются и некоторые основные способы разрешения налоговых споров. Так, например, Конституционный суд ЮАР кроме полномочий по проверке соответствия актов законодательства Конституции и толкования положений законодательства, вправе пересматривать решения Высшего апелляци-

¹⁹ Alternative Dispute Resolution in the new Companies Act. December 2011 // <http://www.mazars.co.za/Home/News/Articles/Alternative-Dispute-Resolution> (дата обращения: 10.10.2015)

²⁰ How Can an Excessive Volume of Tax Disputes Be Dealt With? [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://www.imf.org/external/np/leg/tlaw/2013/eng/tdisputes.pdf> — Официальный сайт Ассоциации налогоплательщиков Казахстана (дата обращения: 10.10.2015)

²¹ Балко Т., Тютюрюков В. Указ. соч.

онного суда, принятые в результате рассмотрения налоговых споров. Однако регламент Конституционного суда ЮАР по рассмотрению таких дел до сих пор отсутствует, несмотря на то, что законодательство предписывает принятие «специальной процедуры».

Кроме этого, в дискуссии по совершенствованию налоговой системы ЮАР периодически звучат инициативы по расширению сети налоговых судов, в настоящее время находящихся в четырех городах трех провинций. Отсутствие налогового суда в каждой провинции вызывает дополнительные расходы налогоплательщиков, следовательно, ухудшает их положение и одновременно увеличивает загруженность налоговых судов. Предлагается учредить налоговые суды в каждой из девяти провинций — по примеру деятельности отделений Верховного суда ЮАР.



Библиография

- Балко Т., Тютюрюков В. Исследование действующей ситуации в Казахстане и применимости международного опыта в области независимого внесудебного института рассмотрения налоговых споров и совершенствованию института внесудебной налоговой апелляции в налоговом органе. 2014 // <http://ank.kz/docs/Досудебное%20рассмотрение%20споров.pdf> (дата обращения: 10.10.2015).
- Croome B. Amendments to the Tax Administration Act of 2013 // *Tax Talk*. 2013. Issue 41. P. 24–29.
- Croome B. New Tax Dispute Resolutions Promulgated. September, 2014 // <http://www.mondaq.com/southafrica/x/340630/tax+authorities/New+Tax+Dispute+Resolutions+Promulgated> (дата обращения: 10.10.2015)
- Gad R., Solomon T. How Important are Pleadings in the Tax Court // *TAX TALK*. 2013. Issue 41. P. 54–59.
- Kotze J. *South Africa / The Tax Disputes And Litigation Review*. London: Law Business Research, 2014. P. 240–252.
- Johannes R.B. An Analysis of the Changes Introduced by the Tax Administration Act to the Dispute Resolution Process and the Effects thereof on the Constitutional Rights of Taxpayers. Ph.D. thesis. Capetown, 2014. 80 p.
- Kamande J.W. *Corporate Tax Dispute Resolution // Alternative Tax Dispute Resolution Framework*. Pretoria, 2015. P. 4–39.
- Keyser N. What is New in Tax Dispute Resolution // *Webber Wentzel Review*. September 2015. P. 3–24.
- King B., Friedman E. *International Dispute Resolution in Africa*. Capetown: Freshfields, 2014. 38 p.
- Mthimunya S. Analysis of the South African Tax Ombudsman. Ph.D. thesis. Pretoria, 2013. 75 p.
- Nolan D., Frank M. Tax Dispute Resolution New Chapter Emerges *Tax Notes International*. Vol.62. May 2011. P.733–734.
- Nupen C. Mediation and Conflict Resolution in South and Southern Africa: A Personal Account of the Past 30 Years // *African Journal on Conflict Resolution*. 2013. Vol. 3. P. 85–114.
- Rudolph G., Young N. *South Africa // Disputes Resolution Review / ed. by J. Cotton*. London, 2014. P. 684–701.
- Rycroft A. Why is Mediation not Taking Root in South Africa? // *Africa Center for Dispute Settlement // http://www.usb.ac.za/disputesettlement/Documents/pdfs/October_Newsletter_2009.pdf* (дата обращения: 10.10.2015).
- Walker G. The Ombudsman & SARS. Taxpayer Relations // *Tax Talk*. 2014. Issue 44. P. 30–31.

Settlement of Tax Disputes in South Africa



Szymon Jankiewicz

Lecturer, Department of Financial, Tax and Customs Law, National Research University Higher School of Economics; Senior Researcher, Institute of Legislation and Comparative Law, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russia. E-mail: semyon.yankevich@gmail.com



Abstract

The taxation system in South Africa in recent years is undergoing significant changes. The basis for reformation of administrative and judicial ways for settlement of tax disputes became Tax Administration Act of 2012. This article analyzes the legal regulation of ways of resolving tax disputes in South Africa. The first instance to resolve conflicts between taxpayers and tax authorities is Tax Board which is the administrative body in the structure of the South African Revenue Service. Tax Board consists of a chairman, a certified accountant and a representative of the business community. In the case of dissatisfaction with the decision of the Tax Board participants of tax relations have the right to appeal to the Tax Court. The system of tax proceedings was established in accordance with the Constitution of South Africa of 1996. Tax Courts are located in four cities; this fact according to experts entails additional costs for taxpayers, complicates access to specialized justice, therefore, worsen the position of taxpayers. Decisions of the Tax Courts may be appealed to the provincial division of the High Court. These courts can confirm the assessment of the liability of taxpayers, cancel the decision of the Tax Court and take a new decision, or refer the case to the Tax Court with the requirement to re-hearing it in the new composition of judges. Finally, taxpayers are entitled to apply to the Supreme Court of Appeal, whose decision shall be valid precedent and, as a rule, not be appealed by taxpayers. However, the Constitutional Court of South Africa has the right to review the decisions of the Supreme Court of Appeals. Currently, however, contrary to the requirements of the legislation there isn't the procedure for review by the Constitutional Court of South Africa. Particular attention is paid to alternative methods of resolution of tax disputes, e.g. mediation and arbitration. Under the author, the most interested is the institute of Tax Ombudsman, established in 2012. The Tax Ombudsman should deal with complaints by fair and cost-effective measures. This method of resolving disputes is designed as a simple and affordable for taxpayers who have legitimate complaints related to administrative cases, poor quality of service, or the inability of the South African Revenue Service to respect the rights of taxpayers.



Keywords

taxpayer, Revenue Service, tax disputes, tax evasion, Tax Board, Tax Court, provincial division of the High Court, Supreme Court of Appeals, Tax Ombudsman.

Citation: Yankiewicz S. (2015) Settlement of Tax Disputes in South Africa. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 174–185 (in Russian)



References

Balko T., Tyutyuryukov V. (2014) *Issledovanie dejstvuyushchej situacii v Kazahstane, izucheniyu i primenimosti mezhdunarodnogo opyta v oblasti nezavisimogo vnesudebnogo instituta rassmotreniya nalogovyh sporov i sovershenstvovaniyu instituta vnesudebnoj nalogovoj apellyacii v nalogovom organe* [Study in Situation in Kazakhstan and International Experience of Independent Non-Judiciary Body over Taxation Disputes]. Available at: // <http://ank.kz/docs/Dosudebnoe%20rassmotrenie%20sporov.pdf> (accessed: 10.10. 2015) (in Russian)

Croome B. (2013) Amendments to the Tax Administration Act of 2013. *Tax Talk*, no 41, p. 24–29.

Croome B. (2014) New Tax Dispute Resolutions Promulgated. Available at: // <http://www.mondaq.com/southafrica/x/340630/tax+authorities /New+Tax+Dispute+Resolutions+Promulgated> (accessed: 10.10. 2015)

Gad R., Solomon T. (2013) How Important are Pleadings in the Tax Court. *Tax Talk*, no 41, p. 54–59.

Johannes R.B. (2014) *An Analysis of the Changes introduced by the Tax Administration Act to the Dispute Resolution Process and the Effects on the Constitutional Rights of Taxpayers*: Ph.D. thesis. Cape Town, 2014. 80 p.

Kamande J.W. (2015) Corporate Tax Dispute Resolution // Alternative Tax Dispute Resolution Framework. Pretoria, 2015. P. 4–39.

Keyser N. (2015) What is New in Tax Dispute Resolution // *Webber Wentzel Review*. September. P. 3–24.

King B., Friedman E. (2014) *International Dispute Resolution in Africa*. Capetown: Freshfields, 38 p.

Kotze J. (2014) *South Africa. The Tax Dispute and Litigation Review*. London: Business Research, p.240–252.

Mthimunye S. (2013) *Analysis of the South African Tax Ombudsman*: Ph.D. thesis. Pretoria, 75 p.

- Nolan D., Frank M. (2011) Tax Dispute Resolution A New Chapter Emerges. *Tax Notes International*, vol. 62, p. 733–734.
- Nupen C. (2013) Mediation and Conflict Resolution in South and Southern Africa: A Personal Account of the Past 30 years. *African Journal on Conflict Resolution*, vol. 3, p. 85–114.
- Rudolph G., Young N. (2014) South Africa. Disputes Resolution Review. Cotton J., ed. London: Arnold, p. 684–701.
- Rycroft A. (2009) *Why is Mediation not Taking Root in South Africa?* Available at: http://www.usb.ac.za/disputesettlement/Documents/pdfs/October_Newsletter_2009.pdf (accessed: 10.10.2015)
- Walker G. (2014) The Ombudsman & SARS: Taxpayer Relations. *Tax Talk*, no 44, p. 30–31.

Исторический анализ уголовной политики Германии (1871–1945 гг.)



К.А. Барышева

старший преподаватель кафедры уголовного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000 Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: 129337@inbox.ru



Аннотация

Исторический анализ развития уголовной политики Германии конца XIX — середины XX вв. вызывает немалый интерес, прежде всего, потому, что это период становления науки уголовной политики, выявление ее содержания, целей и задач. Разработка понятия и функций уголовной политики приобрели особую остроту в связи с попытками построения демократического правового государства в период Веймарской республики. Это выразилось в осознании необходимости реформирования уголовного законодательства с целью смены парадигм, отказа от излишней репрессии и экономии расходов на уголовную юстицию. Под влиянием различных концепций уголовной политики, преобладавших в Веймарской республике, была сделана попытка привести уголовное законодательство в соответствие с веяниями времени и потребностями общества. Перед уголовным правом стояла прежде всего задача защитить общество от преступных посягательств, перевоспитать и ресоциализировать преступника. Уголовное законодательство также претерпевало ряд изменений, связанных с идеями и принципами, сформированными уголовно-правовой наукой того времени, которая опиралась на криминологические и социологические исследования в области преступления и наказания. Споры и дискуссии, принятые законодательные решения, разработки в области уголовной политики, безусловно, повлияли на становление и развитие уголовно-политических стратегий страны, стали основой формирования современной концепции уголовной политики Германии. После установления национал-социалистического режима постепенно снижается роль превенции и ресоциализации преступника как функций уголовного права, наказание становится, прежде всего, карой, правопорядок обеспечивается через устрашение граждан. Ретроспективный анализ уголовной политики Германской империи, Веймарской республики и национал-социалистического режима показывает, насколько быстро можно перейти от либерального мышления к репрессивному регулированию всех сфер человеческой жизни. В статье рассмотрены те изменения в немецком уголовном законодательстве, напрямую связанные с новыми приоритетами уголовной политики государства. Исследование указанных изменений направлено на выявление непосредственной зависимости уголовного права от внутренней и внешней политики правящих кругов, от навязанной и господствующей в социуме идеологии.



Ключевые слова

уголовная политика, Германия, Веймарская Республика, национал-социализм, Франц фон Лист, криминология, превентивное законодательство, личность преступника, социологическая школа права

Библиографическое описание: Барышева К.А. Исторический анализ уголовной политики Германии (1871–1945 гг.) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 186–196.

JEL: K19; УДК: 343

Исторический анализ развития уголовной политики Германии конца XIX — середины XX вв. вызывает немалый интерес, прежде всего потому, что это период становления

самого понятия уголовной политики, выявление ее содержания, целей и задач. Работы, изданные немецкими учеными в XIX в., стали основой исследований данного уголовно-правового феномена и в России. Они широко используются учеными в области криминологии и уголовного права по сей день¹. Исследуемый исторический этап связан с переосмыслением функций института наказания, уголовного права в целом. Однако в работе речь пойдет и о том, как быстро меняются приоритеты, как искажается научная мысль, когда она полностью зависит от режима правящей партии, а, как следствие, меняется и законодательство страны.

Необходимо отметить, что в статье рассмотрены только те изменения немецкого уголовного законодательства, которые напрямую связаны с новыми приоритетами уголовной политики государства и через которые можно проследить непосредственную зависимость уголовного права от внутренней и внешней политики «правящих», от связанной и господствующей в социуме идеологии.

Уголовная политика во времена Германской империи. Не вдаваясь в рассуждения о том, кто был родоначальником понятия «уголовная политика», уточним, что широкую известность и практическое применение наука приобретает в Германии в начале XIX века. Споры и дискуссии того времени безусловно повлияли на становление и дальнейшее развитие уголовно-политической стратегии страны.

Приверженцем приобретающей все большую популярность социологической школы права и одним из первых разработчиков концепции уголовной политики был Франц фон Лист. Уголовная политика, согласно Листу, есть та часть науки уголовного права, которая должна быть «руководительницей уголовного законодательства». Опираясь на криминологию и пенологию, она должна развиваться вместе с уголовным правом, давать систематическое развитие принципов для критики действующего законодательства, для указания пути, по которому должна идти реформа уголовных законов, и таким образом способствовать наиболее целесообразной постановке дела борьбы с преступностью посредством наказания и родственных с ним мер².

Основные идеи, которыми руководствовался Лист, заключались в том, что существует необходимость применения криминологических исследований при разработке уголовного закона, в той части, где задачей закона должна стать разработка мер борьбы с преступностью. Для этого при правотворчестве необходима явственная стратегия, разработкой которой должна заниматься уголовная политика, включающая криминологические знания. Уголовную политику Лист определял как «совокупность оснований, опирающихся на научное исследование причин преступления и действия, производимого наказанием, — оснований, сообразуясь с которыми государство, при помощи наказания и родственных ему институтов, должно бороться с преступлением»³. Также Лист разработал идею единой науки уголовного права, включающей в себя криминологию и уголовную политику.

Несмотря на разносторонние взгляды на преступление и наказание, функции и задачи уголовного права (здесь также следует упомянуть уголовную антропологию), ос-

¹ См. напр.: Лопашенко Н.А. Уголовная политика. М.: Волтерс Клувер, 2009. 608 с.; Кондрат И.Н. Уголовная политика государства и нормативное правовое регулирование уголовно-процессуальных отношений. М.: Форум, 2014. 208 с.; Лесников Г.Ю. Становление научных представлений об уголовной политике на рубеже XIX–XX веков // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2003. № 2. С. 317–322 и др.

² Цит. по: Лесников Г.Ю. Указ. соч. С. 317–322.

³ Лист Ф. Задачи уголовной политики. СПб., 1895. С. 2.

новой спор велся между социологической и классической школами уголовного права. Приверженцы последней осуждали прогрессивные взгляды Листа. Странники классической школы полагали, что уголовный закон представляет собой «выражение категорического императива», требования которого как выражение высших нравственных законов подлежат безусловному выполнению и не зависят от каких-либо внешних целей и соображений. Одно только возмездие может служить выражением чистой справедливости. Исходя из этого, полагалось, что наказание имеет место не потому, что оно приносит пользу, но потому, что оно «требуется самим разумом»⁴. Наряду с этим наказание воспринималось и как инструмент устрашения.

Несмотря на отсутствие единства мнений и среди сторонников классической школы относительно понятия и назначения наказания, они объединились против Листа в дискуссиях и дебатах. Приводились различные доводы. Так, ссылаясь на данные общеимперской уголовной статистики 1882 г., приверженцы классической школы говорили, что рост рецидивной преступности подтверждает неэффективность наказания и его мягкость. Это означает, что превентивная и реабилитационная функции уголовного права в отношении лиц, совершивших общественно опасные деяния, запрещенные Уголовным кодексом, не влияют на качественную и количественную преступность. В ходе дебатов и дискуссий удалось найти некоторые компромиссы, которые впоследствии отразились в уголовном законодательстве Веймарской республики.

Уголовная политика Веймарской республики. Период Веймарской республики в Германии (1919–1933) можно назвать временем ожидания перемен. Реформы законодательства, начатые или запланированные, не были доведены до конца. В это время велись активные дискуссии и разрабатывались концепции реформирования уголовного права и изменения уголовной политики в том числе. На деле оказалось, что реформа не будет комплексной.

Реформы уголовного права в Германии началась еще до Первой мировой войны, и первые шаги были предприняты уже в 1909 г. В этом году был подготовлен один из проектов нового Уголовного кодекса Германии (*Vorentwurf zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch*). Проект был компромиссом между представителями классической школы уголовного права и противоположными идеями сторонников новой школы. В проекте была сделана попытка разработать дифференцированную систему наказаний. При назначении меры уголовной ответственности предлагалось учитывать личность преступника. Так, для душевнобольных или ограниченно вменяемых преступников было предусмотрено отбывание наказания в местах, обеспечивающих их изоляцию от общества и лечение; для преступников, страдающих алкогольной зависимостью, были предусмотрены специальные лечебницы; усиливалось наказание преступников-рецидивистов⁵. Данный проект рассматривался вплоть до 1920 г., но так и не был принят.

Автором нового проекта, разработанного к 1922 г., стал немецкий социал-демократ, философ, правовед и политик, министр юстиции Германской империи (1921–1923) Густав Радбрух. Но в 1924 г. социал-демократы были исключены из республиканского правительства, и началась работа над следующим проектом Уголовного кодекса. Дискуссии над ним привели в 1927 г. к созданию нового официального проекта Уголовного кодекса Германии. В первом чтении в Рейхстаге было проведено 127 заседаний, закон прошел второе чтение, но принят не был, так как в итоге выборов 1930 г. партийный состав

⁴ Kubink M. Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel. Berlin, 2002. S. 54.

⁵ Schmidt E. Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Göttingen, 1995. S. 395–396.

Рейхстага сильно изменился. В целом в период с 1912 по 1933 гг. было создано большое число комиссий с целью пересмотра отдельных положений УК 1871 г., появилось восемь новых проектов УК, но ни один из них так и не был принят⁶.

Несмотря на то, что уголовное право Германии, как и прежде, было подвержено основным идеям классической школы о соответствии между тяжестью преступления и тяжестью наказания, уголовное законодательство претерпело ряд изменений и дополнений под влиянием республиканского строя.

В начале 1920-х гг. был принят ряд законодательных положений о замене наказания в виде лишения свободы денежными штрафами. Примерами здесь служили: Закон «О расширении применения денежных штрафов и об ограничении применения арестов» от 21.12.1921 г. (*Gesetz zur Erweiterung des Anwendungsgebiets der Geldstrafe und zur Einschränkung der kurzen Freiheitsstrafe (RGBl. I 1604)*), Закон «О штрафах» от 27.04.1923 г. (*Geldstrafengesetz (RGBl. I 254)*), Закон «О конфискации имущества и штрафах» от 13.10.1923 (*Gesetz über Vermögensstrafen und Bußen (RGBl. I 943)*), Положение «О конфискации имущества и штрафах» от 23.11.1923 г. (*Verordnung über Vermögensstrafen und Bußen (RGBl. I 1179)*), Положение «О конфискации имущества и штрафах» от 06.02.1924 г. (*Verordnung über Vermögensstrafen und Bußen (RGBl. I 44)*)⁷. В этих установлениях можно усмотреть начало реформы уголовного законодательства в соответствии с направлениями развития уголовной политики того времени⁸.

Замена лишения свободы на денежный штраф предполагалась за преступления или правонарушения, наказание за которые предусматривало от одного до трех месяцев заключения, однако допускалось только если цель наказания могла быть достигнута без лишения свободы. Замена данного вида наказания денежными штрафами смягчала санкции. Уголовное законодательство перестало нести исключительно карательную функцию и было ориентировано в большей, чем ранее, степени на перевоспитание преступника⁹. Статистические данные показывают, что в 1882 г. доля наказаний в виде лишения свободы составила 75%, а доля денежных штрафов — 25%, но уже в 1911 г., после вступления указанных законов в силу указанных законов, доля штрафов в общей массе наказаний составила 50%. В 1928 г. доля штрафных санкций от общего количества назначенных наказаний составила 70%, что современники связывали с «мягкостью» судей по отношению к преступникам¹⁰.

Следующим шагом в реализации компромиссной уголовной политики и отступлением от постулатов классической школы права можно считать принятый 6.02.1923 г. Закон «Об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних». Именно он отразил

⁶ История государства и права зарубежных стран: Учебник для вузов. Ч. 2 / под общ. ред. О.А. Жидкова и Н.А. Крашенинниковой. М., 2003. С. 679.

⁷ Reinke H., Melanie B. Kriminalpolitik in der Weimarer Republik / Hans-Jürgen Lange Kriminalpolitik Studien zur Inneren Sicherheit. Berlin, 2008. S. 465.

⁸ См. подробнее: Stapenhorst H. Die Entwicklung des Verhältnisses von Geldstrafe zur Freiheitsstrafe. Eine rechtshistorische Untersuchung anhand von Kriminalstatistiken, Berlin, 1993. S.43; Peters J. Die Entwicklung von Sanktionspraxis und Strafrechtsreform 1871–1933. Eine rechtshistorische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Reformmodelle zur Freiheitsstrafensubstitution. Aachen, 2000; Heinz W. Entwicklung, Stand und Struktur der Strafzumessungspraxis. Eine Übersicht über die nachhallgemeinem Strafrechtverhängten Hauptstrafen von 1882–1979 // Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform. 1981. S. 148–173.

⁹ Однако причиной замены лишения свободы денежными штрафами может также служить экономическая ситуация. Мировой финансовый кризис и последствия проигранной войны негативно сказывались на развитии страны.

¹⁰ Exner F. Studien über die Strafzumessungspraxis der Deutschen Gerichte. Leipzig, 1931. S. 18.

на основании биологических, психологических и социальных исследований признание необходимости выделения детей и подростков в особую привилегированную социальную группу и, как следствие, формирование специальной нормативной базы, определяющей правовой статус данной социальной группы¹¹. В Уголовном кодексе (RSIGB) 1871 г. возрасту уголовной ответственности было посвящено всего несколько статей. Так, § 55 устанавливал наступление уголовной ответственности с 12 лет. В следующую возрастную группу выделяли преступников от 12 до 18 лет. При принятии решения в отношении данных подростков судья мог при наличии оснований полагать, что молодой человек не осознавал своего деяния, и вынести решение о помещении его в воспитательное или исправительное учреждение. Новый акт законодательно закреплял расширение воспитательных мер и условную отсрочку наказания, а также установил возраст уголовной ответственности с 14 лет¹².

В Веймарской республике отмечается общая тенденции к гуманизации института наказания в уголовном праве, приоритетной становится идея об исправлении осужденного к лишению свободы во время отбытия им наказания как цель исполнения данного вида наказания¹³. Однако следует обратить внимание на продолжение дискуссии о преступниках-рецидивистах. Ученые и правоприменители по-прежнему задавались вопросом: способно ли лишение свободы привести к исправлению личности такого преступника или его следует изолировать на пожизненный срок. Основная идея выражалась в следующем: к преступникам, способным к исправлению, следует применять денежные штрафы и лишение свободы; к преступникам, нуждающимся в исправлении — исправительно-трудовые колонии и другие виды наказания, характеризующиеся изменением режима по мере исправления осужденного (прогрессивная система исполнения наказания); к преступникам, не способным к исправлению — содержание в заключении после отбытия ими наказания (*Sicherungsverwahrung*).

Содержание в заключении после отбытия наказания рассматривалось как одна из мер превентивной уголовной политики. Так, в начале 1870-х гг. существовала позиция, согласно которой «преступники-рецидивисты, воры и мошенники, повторно совершившие преступление, и прочие враги социального порядка, должны содержаться в заключении не один или два года, а лучше пожизненно»¹⁴. Предпосылки внедрения данного вида наказания для рецидивистов отмечаются и в работах Франца фон Листа.

Попытку законодательно закрепить особые принципы назначения наказания рецидивистов впервые сделал в 1893 г. Карл Штросс, подготовивший проект нового Уголовного кодекса Швейцарии. В качестве превентивной меры, применяемой к преступникам-рецидивистам, устанавливалось «содержание их в специально предназначенных на то учреждениях от 10 до 20 лет». Данная мера применялась к преступникам, которые совершили новое преступление в течение 5 лет после отбытия наказания за предыдущее. Предполагалось, что преступник будет направлен в федеральное учреждение,

¹¹ См.: *Серебренникова А.В., Бахвалова Л.А.* Закон об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних как источник дополнительного уголовного права Германии: общая характеристика // Академический юридический журнал. 2010. № 3. С. 49–54.

¹² См. подробнее: *Kebbedies F.* Außer Kontrolle. Jugendkriminalpolitik in der NS-Zeit und der frühen Nachkriegszeit. Essen, 2000. S. 307.

¹³ *Бурцев А.Н.* Пенитенциарная система Германии в XVI — нач. XXI вв. (историко-юридические исследования): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2007. 25 с.

¹⁴ См.: *Kinzig J.* Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand. Die Ergebnisse einer theoretischen und empirischen bestandaufnahme des Zustandes einer Maßregel. Freiburg, 1996. S. 9.

которое в свою очередь, на основании сведений о семейном положении, образовании, физическом и умственном развитии и пр. примет решение о возможности исправления и целесообразности назначения наказания в специализированном учреждении для рецидивистов¹⁵.

Следует подчеркнуть, что этот вид превентивного наказания содержался во всех проектах Уголовного кодекса Германии, начиная с 1909 г. Различия состояли в предлагаемых условиях содержания преступника; велись дискуссии о том, к какому виду наказания следует отнести содержание в заключении после отбытия наказания — обязательному или факультативному. Также менялся круг субъектов применения данного наказания: предлагалось отнести к опасным рецидивистам нищих, бродяг и проституток. Превентивное заключение было включено в Уголовный кодекс Германии в 1933 году, а после падения режима нацистов перешло и в правовую систему ФРГ. Превентивное заключение предусмотрено, в основном, для рецидивистов и применяется после отбывания назначенного срока заключения. Более половины лиц, находящихся в превентивном заключении, — это преступники, совершившие половые преступления.

Под влиянием различных концепций уголовной политики, преобладающих в Веймарской республике, была сделана попытка реформировать уголовное законодательство в соответствии с веяниями времени и потребностями общества. Перед уголовным правом стояла прежде всего задача защитить общество от преступных посягательств, перевоспитать и ресоциализировать преступника. Как таковых комплексных изменений уголовное право не претерпело, однако наметились шаги к достижению поставленных целей гуманизации, изменению содержания и целей наказания.

Уголовная политика в период национал-социализма. Рассматриваемый период включает в себя изменения уголовного законодательства с 1933 по 1945 гг. Перед уголовным правом и уголовной политикой не было поставлено новых, четко сформулированных целей и задач. Все законодательные решения принимались импульсивно, в соответствии с ежеминутной необходимостью господствующего режима, они, в свою очередь, были направлены на устрашение, уничтожение и воздаяние. В Веймарской республике были закреплены идеи о перевоспитании преступника в процессе отбытия наказания, приучении его к порядку, исполнению долга и укреплению нравственности. После прихода к власти национал-социалистов уголовная политика в отношении преступников радикально изменилась. Их режим специалисты характеризуют как времена регресса уголовной политики¹⁶.

На смену идеям социологической школы уголовного права вновь приходят антропологические воззрения на личность преступника и цели наказания. Так, ученый-криминалист Эдмунд Мецгер писал: «Правительства, эпохи, системы не справлялись с антиобщественными элементами. Они не делали достижения учения о наследственности и криминальной биологии основой здоровой криминальной политики. Вследствие либерального образа мыслей они всегда обращали внимание только на «права» отдельного человека и больше думали об их защите от проявлений государственной власти, чем о благе общества. Для национал-социализма отдельный человек ничего не значит, если речь идет о сообществе»¹⁷. В его работах говорилось, что государство обязано защищать общество от преступника и, в первую очередь, функции обеспечения правопорядка и

¹⁵ Там же.

¹⁶ *Baumann I. Dem Verbrechen auf der Spur: Eine Geschichte der Kriminologie und Kriminalpolitik in Deutschland, 1880 bis 1980. Göttingen, 2006. S. 90.*

¹⁷ *Фрай Н. Государство фюрера. Национал-социалисты у власти: Германия, 1933–1945. М., 2009. 256 с.*

перевоспитания преступника должны лежать на полиции. Полицейское принуждение, а не социальное обеспечение способно оградить общество и стать действенной профилактикой в борьбе с антиобщественными элементами.

Для поддержки и укрепления в обществе взглядов на наказание, как на право и обязанность государства воздать по заслугам нарушившему порядок маргиналу, в средствах массовой информации ярко освещались громкие уголовные процессы периода Веймарской республики. Данная тактика способствовала осознанию того, что перевоспитать и ресоциализировать преступника невозможно, указывалось на несовершенство уголовного законодательства и необходимость радикальных перемен. Ставились под сомнения целевые установки исправить преступника, в центре уголовно-политической стратегии укреплялась идея о необходимости кары и искупления. Министерством юстиции и национал-социалистической рабочей партией Германии были созданы специальные комиссии по преобразованию уголовно-правовой нормативной базы.

С целью проследить основные направления развития уголовной политики национал-социалистического режима и сделать выводы, необходимо изучить отдельные принятые законодательные акты.

Подтверждением господства идей антропологической школы являются следующие принятые законодательные акты (так называемые расовые законы): «Закон о предотвращении рождения потомства с наследственными заболеваниями» от 14.07.1933 г. (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*) (направлен на «чистоту» арийской расы); «Закон о защите немецкой крови и немецкой чести» от 15.09.1935 г. (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*) (запрещал браки и внебрачные связи между немцами и евреями, наем евреями в качестве прислуги женщин моложе 45 лет, вывешивание евреями национальных флагов); «Закон о гражданстве Рейха» от 15.09.1935 г. (*Reichsbürgergesetz*) (немецкое гражданство могли иметь только арийцы или лица других, родных им по крови наций). Все предпринимаемые усилия были направлены не только на чистоту расы, но и на искоренение преступности и селекцию общества на генетическом уровне, устрашение граждан.

Указом «О применении профилактического полицейского ареста» от 13.11.1933 г. (*Anwendungsvorbeugen der Polizeihaft*) устанавливалось, что каждый имевший ранее три судимости преступник мог быть помещен в концлагерь на неопределенный срок для предотвращения совершения им новых преступлений. Также в 1934 г. было введено «плановое наблюдение». Данная мера ограничивала человека в его передвижениях, досуге, личных контактах и выборе места работы. Параллельно был принят Закон «О мерах уголовно-правового характера против рецидивистов» от 24.11.1933 г. Закон «О внесении изменений в уголовное и уголовно-исполнительное право» от 24.04.1934 г. вводил смертную казнь за государственную измену и шпионаж. Из обоснования к Закону следовало: для благополучия «единого немецкого народа» необходимо принимать все возможные меры, направленные на уничтожение угрозы народу. Подобная оценка Закону была дана и Министерством юстиции. В официальных комментариях осуждалась слишком мягкая уголовная политика Веймарской республики, где за государственную измену и шпионаж назначалось наказание в виде лишения свободы. Декларировалось, что подобные преступления совершаются не только против государства, но и против всего немецкого народа. В Германии начинает господствовать теория «волевого» уголовного права.

14 мая 1934 г. было принято Положение об исполнении наказаний в виде лишения свободы и реализации мероприятий по превентивному заключению и исправлению,

которые связаны с лишением свободы» (*Verordnung über den Vollzug von Freiheitsstrafen und von Maßregeln der Sicherung und Besserung, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind*). Акт отменял принципы и цели наказания, введенные Рейхсратом в 1923 г. и закрепленные в § 48. Теперь целью наказания и определяющим принципом всей уголовно-исполнительной системы является искупление преступником своей вины.

К началу 1940-х гг. более 10.000 человек были направлены в трудовые колонии и лечебницы, тысячи преступников, совершивших половые преступления, были кастрированы. Почти 15.000 «злостных рецидивистов» было назначено превентивное лишение свободы как дополнительная мера уголовно-правового характера¹⁸. В 1942–1943 гг. и практиками, и криминологами Германии был сделан вывод, что исправление рецидивистов невозможно, несмотря на все принятые меры, а единственным выходом виделось их уничтожение. С 1941 г. опасных рецидивистов чаще всего приговаривали к смерти, а не к превентивному заключению¹⁹. В сентябре 1942 г. между Гиммлером и Тираком (министром юстиции Третьего рейха) было достигнуто соглашение о направлении рецидивистов, уже отбывающих наказание, наряду с каторжными заключенными и лицами, не являющимися немцами (*Fremdvölkischen*) в концентрационные лагеря «для уничтожения работой».

Задачи уголовной полиции заключались не только в наказании за преступное поведение, но и в выявлении асоциальных и «угрожающих» режиму личностей. Искаженное понимание превентивной функции уголовного права привело к изгнанию из городов нищих, бродяг, проституток и созданию лагерей для их содержания. Полиция расследовала и наблюдала «криминальные» контакты, «подозрительное» поведение, а юстиция, в свою очередь, могла выносить решения, направленные на превентивное наказание, без «суда и следствия».

К 1944 г. прокуратура могла самостоятельно избирать подсудность и пределы наказания, отдавать приказы об арестах, завершать следствие без судебного контроля, возбуждать уголовные дела, обжаловать вступившие в силу приговоры по собственному усмотрению²⁰. Стоит ли говорить, что производилась селекция судей, ограничивалось судейское усмотрение, их независимость и беспристрастность. Гибкие, размытые диспозиции норм, дополнительные примечания к статьям, возможность аналогии, законодательные акты, связанные с военными преступлениями, содержащие в себе усиленные меры наказания, содержащие абстрактные типологии преступника («мародер», «злостный преступник», «народный вредитель»), давали судьям широкий спектр возможностей при установлении состава преступления и назначении меры наказания.

Реформированию подверглось не только уголовное право, но и уголовно-исполнительное. Одинаково строгое наказание назначалось преступникам всех видов, не учитывались ни смягчающие обстоятельства дела, ни личность преступника. Режим отбывания наказания был одинаково строг как для преступников, совершивших незначительные преступления или совершивших преступное деяние впервые, так и для несовершеннолетних. В Указе «О защите от подростковой преступности» от 04.10.1939 г. (*«Verordnung zum Schutz gegen jugendliche Schwerverbrecher»*) закреплялось, что лица, виновные в совершении преступления, достигшие 16 лет (если их духовное и нравственное развитие соответствуют возрасту 18 лет), подлежат уголовной ответственности, и

¹⁸ Wachsmann N. Hitler's Prisons. Legal Terror in Nazi Germany. New Haven, 2004. P. 128, 400.

¹⁹ Müller C. Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933 / Kriminal politik als Rassenpolitik. Baden-Baden, 1997. S. 91.

²⁰ Wagner A. Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens und Richterrechts im nationalsozialistischen Staat / Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus. Teil I. Stuttgart, 1968. S. 256.

к ним могут применяться все без исключения меры наказания. Кроме того, уголовные дела подростков должен рассматривать не специальный суд, а суд общей юрисдикции. Не предусматривалось никаких льгот или мер поощрения при отбывании наказания. Естественно не предполагалось никакой ресоциализации, перевоспитания и адаптации преступников-рецидивистов. Для них предусматривалось длительное лишение свободы, репрессии, трудовая повинность и «военная муштра»²¹.

Изучая принятые законодательные акты, можно сделать вывод, что уголовная политика национал-социализма была направлена на механическое уничтожение преступника. Уголовное право использовалось партией, которая в то время срослась с государством, как способ насильственного достижения и обеспечения верности и преданности народа. Убийство с целью уничтожения негодных стало правом и обязанностью государства. Безусловно, уголовное право стало мощным рычагом воздействия правительства Третьего рейха на социум. Стоит сказать, что почти все принятые в этот исторический период законодательные акты и внесенные в Уголовный кодекс изменения, после падения нацистского режима, были отменены.

Исследования в области уголовной политики, ставшие актуальными в конце XIX в., приобрели особую остроту в связи попытками построения демократического правового государства в период Веймарской республики. Это выразилось в осознании необходимости реформирования уголовного законодательства с целью смены парадигм, отказа от излишней репрессии, согласия с общеевропейскими ценностями в области защиты прав человека и гражданина, необходимости приведения законодательства к общим стандартам, и, в конце концов, в снижении расходов на уголовную юстицию. Несмотря на то, что Веймарская республика провозглашала демократические принципы, многое, в том числе и структура власти, было заимствовано и унаследовано от имперской Германии. Однако это не помешало внедрить в уголовное законодательство часть идей и принципов, сформированных к тому времени современной уголовно-правовой наукой, которая опиралась на криминологические и социологические исследования в области «преступления и наказания». После прихода к власти нацистов началось господство антропологической школы уголовного права, в обществе культивировалась мысль, что преступником рождаются, а не становятся. Подтверждением тому может служить ряд законов и положений, направленных на обеспечение «чистоты» арийской расы. Постепенно снижается роль превенции как функции уголовного права, ресоциализации преступника, наказание становится, прежде всего, карой, правопорядок обеспечивается посредством устрашения граждан.

Ретроспективный анализ уголовной политики Германской империи, Веймарской республики и национал-социалистического режима показывает, насколько быстро можно перейти от либерального мышления к репрессивному регулированию всех сфер человеческой жизни.



Библиография

Бурцев А.Н. Пенитенциарная система Германии в XVI — нач. XXI вв. (историко-юридические исследования): автореф. дис... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2007. 25 с.

История государства и права зарубежных стран: Учебник для вузов: В 2 ч. Ч. 2 / под общ. ред. О.А. Жидкова и Н.А. Крашенинниковой. М.: НОРМА, 2003. 720 с.

²¹ Kasseckert C. Straftheorie im Dritten Reich: Entwicklung des Strafgedankens im Dritten Reich. Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen. Berlin: Logos Verlag, 2009. S. 99.

Кондрат И.Н. Уголовная политика государства и нормативное правовое регулирование уголовно-процессуальных отношений. М.: Форум, 2014. 208 с.

Лесников Г.Ю. Становление научных представлений об уголовной политике на рубеже XIX–XX веков // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2003. № 2. С. 317–322 .

Лист Ф. Задачи уголовной политики. СПб.: Типо-Литография К. Л. Пентковского, 1895. 142 с.

Лопашенко Н.А. Уголовная политика. М.: Волтерс Клувер, 2009. 608 с. Серебренникова А.В., Бахвалова Л.А. Закон об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних как источник дополнительного уголовного права Германии: общая характеристика // Академический юридический журнал. № 3. 2010. С. 49– 54 .

Фрай Н. Государство фюрера. Национал-социалисты у власти. Германия, 1933–1945. М.: Российская политическая энциклопедия, 2009. 256 с.

Baumann I. Dem Verbrechen auf der Spur: Eine Geschichte der Kriminologie und Kriminalpolitik in Deutschland, 1880 bis 1980. Göttingen: Wallstein, 2006. 430 S.

Heinz W. Entwicklung, Stand und Struktur der Strafzumessungspraxis. Eine Übersicht über die nachallgemeinem Strafrechtverhängten Hauptstrafen von 1882–1979 // Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform. 1981. N 64. S. 148–173.

Kassekert C. Strafrecht im Dritten Reich: Entwicklung des Strafgedankens. Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen. Berlin: Logos, 2009. 215 S.

Kebedies F. Außer Kontrolle. Jugendkriminalpolitik in der NS-Zeit und der frühen Nachkriegszeit. Essen: Klartext, 2000. 307 S.

Müller C. Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24 November 1933. Kriminalpolitik als Rassenpolitik. Baden-Baden: Nomos, 1997. 405 S.

Reinke H., Melanie B. Kriminalpolitik in der Weimarer Republik / Hans-Jürgen Lange Kriminalpolitik Studien zur Inneren Sicherheit. Berlin: Springer, 2008. 465 S.

Schmidt E. Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1995. S. 395–396.

Wachsmann N. Hitler's Prisons. Legal Terror in Nazi Germany. New Haven: Yale University Press, 2004. 538 p.

The Historical Analysis of Anti-Criminal Policies in Germany (1871–1945)



Ksenia Barysheva

Senior Lecturer, Department of Criminal Law and Criminal Studies, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnikskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: 129337@inbox.ru



Abstract

The historical analysis of the German criminal policy from the end of the 19th century to the middle of the 20th century presents a significant interest. This is the period when criminal policy was being formed, with clear-cut identification of its content, aims and objectives. The development of the concept and functions of criminal politics got acute with the attempts of establishing a democratic constitutional state in period of the Weimar Republic. The necessity was expressed in reforming criminal legislation to alter paradigms, rejecting excessive repression, harmonizing and softening the legislation and cutting costs of the criminal justice. Criminal law experiences alterations due to the ideas and principles established by the then criminal law science which relied on criminological and social research of crime and punishment. With the establishment of national socialistic regime in 1930s the role of prevention as a function of criminal law starts to decrease significantly, and law and order is ensuring by threatening citizens. The retrospective analysis of criminal politics in the German Empire, Weimar Republic and national socialistic regime (Third Empire) shows the transmission from liberal frame of mind to repressive regulation of all spheres of human life. The paper features the alterations in the German criminal law

related to the proprieties of criminal politics. The research of the changes aims to find the correlation of the dependence of criminal law from internal and foreign policy of ruling strata and the imposed in society ideology.



Keywords

anti-criminal policies, Germany, Weimar Republic, national socialism, criminology, preventive legislation, personality of a criminal, sociological school of law.

Citation: Barysheva K.A. (2015) The Historical Analysis of Anti-Criminal Policies in Germany (1871–1945). *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 186–196 (in Russian)



References

Baumann I. (2006) *Dem Verbrechen auf der Spur: Eine Geschichte der Kriminologie und Kriminalpolitik in Deutschland, 1880 bis 1980*. Göttingen: Wallstein, 430 p.

Burtsev A.N. (2007) *Penitentsiarnaya sistema Germanii v XVI–XXI vv. (istoriko-yuridicheskie issledovaniya)*. Avtoref. diss. ... kand. yurid. nauk [Penitentiary System of Germany of 16th–21st Ages: Study in Legal History. Summary of candidate of sciences dissertation]. Ekaterinburg, 25 p. (in Russian)

Frei N. *Gosudarstvo furera. Natsional-socialisty u vlasti, 1933–1945* [The Führer State. National Socialists in Power, 1933–1945. Moscow: Rosspen, 256 p. (in Russian)

Kasseckert Ch. (2009) *Straftheorieim Dritten Reich: Entwicklung des Strafgedankensim Dritten Reich. Das Strafrechtvorneuen Herausforderungen*. Berlin: Logos, 215 p.

Kebedies F. (2000) *Außer Kontrolle. Jugendkriminalpolitik in der NS-Zeit und der frühen Nachkriegszeit*. Essen: Klartext, 307 p.

Kinzig J. (1996) *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand. Die Ergebnisse eine theoretischen und empirischen bestandaufnahme des Zustandeseiner*. Freiburg: luscirum, 730 p.

Kondrat I.N (2014) *Ugolovnaya politika gosudarstva i normativnoe pravovoe regulirovanie ugolovno-protsessual'nykh otnosheniy* [Criminal Policy and Legal Regulation of Criminal Procedural Relations]. Moscow: Forum, 208 p. (in Russian)

Lesnikov G.Yu. (2003) Stanovlenie nauchnykh predstavleniy ob ugolovnoy politike na rubezhe XIX — XX vekov [Formation of Scientific Views of Criminal Policy at the turn of 19th and 20th centuries]. *Yuridicheskiy zhurnal*, no 2, p. 317–322 (in Russian)

Liszt F. (1895) *Zadachi ugolovnoy politiki* [Aims of Criminal Policy]. Saint Petersburg: Tipo-Litografii K.L. Pentkovskogo, 142 p. (in Russian)

Lopashenko N.A. (2009) *Ugolovnaya politika* [Criminal Policy]. Moscow: Wolters Kluwer, 608 p. (in Russian)

Müller C. (1997) *Das Gewohnheitsverbrechergesetzvom 24. November 1933. Kriminalpolitikals Rassenpolitik*. Baden-Baden: Nomos, 405 p.

Schmidt E. (1995) *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, p. 395–396.

Reinke H.. (2008) *Kriminalpolitik in der Weimarer Republik. Hans-Jürgen Lange Kriminalpolitik Studienzur Inneren Sicherheit*. Berlin: Springer, 465 p.

Wachsmann N. (2004) *Hitler's Prisons. Legal Terror in Nazi Germany*. New Haven: Yale University Press, 538 p.

Zhidkov O.A., Krasheninnikova N.A. (eds.) (2003) *Istoria gosudarstva i prava zarubezhnyh stran* [History of State and Law of Foreign Countries]. Moscow: Norma, 720 p. (in Russian)

Реализация в Канаде двусторонних договоров с Соединенным Королевством

П.В. Донцов

доцент кафедры международного и европейского права юридического факультета Воронежского государственного университета, судья Деятнадцатого арбитражного апелляционного суда, кандидат юридических наук. Адрес: 394006, Россия, г. Воронеж, площадь Ленина, 10а. E-mail: PavelDontsov@yandex.ru



Аннотация

Предметом настоящего исследования являются международные договоры, заключенные в различные исторические периоды между Канадой и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии, а также акты внутреннего законодательства Канады, принятые для имплементации соответствующих норм международного права. Целью исследования стали определение моделей реализации двусторонних договоров Канады и Соединенного Королевства, форм их реализации во внутреннем праве, а также классификация действующих и утративших силу соглашений. Методологию работы составили формально-юридический и историко-правовой методы исследования, а также метод сравнительно-правового анализа. В результате исследования автор пришел к выводу, что Канада придерживается как имплементационной, так и адопционной моделей реализации двусторонних соглашений с Великобританией, используя при этом различные их формы (экспресс-реализацию, косвенную реализацию и др.). Канадское право имеет особенности, содержание которых обусловлено тесной исторической связью с британской монархией и английской правовой традицией. В настоящее время договорное нормотворчество является полномочием исполнительной власти, вытекающим из Королевской прерогативы. Поэтому международные договоры от имени Канады подписывает и ратифицирует федеральное правительство. Однако в силу разделения компетенции между федеральной и провинциальной властями, закрепленного в ст. 132 Конституционного акта Канады (1867), международные обязательства, касающиеся предмета ведения провинций, могут быть осуществлены только после принятия имплементационного законодательства этой провинции. Чаще всего вопросы, подпадающие под юрисдикцию провинции, относятся к международному частному праву. В исследовании установлено, что, несмотря на длительный исторический период международных отношений с Великобританией, для Канады продолжает действовать незначительное число международных договоров, заключенных преимущественно в сфере экономического и военного сотрудничества, правовой помощи по уголовным и гражданским делам, воздушного сообщения, налогообложения, рыболовства и социального обеспечения. Объяснением этого, на взгляд автора, является сравнительно молодой суверенитет самой Канады, а также сохраняющееся прямое влияние внутреннего права Великобритании на правовую систему ее бывшего доминиона.



Ключевые слова

Канада, Великобритания, федерация, провинция, двусторонние договоры, международные отношения, международное право, реализация международно-правовых норм, имплементация, имплементационная и адапционная модели, доминион

Библиографическое описание: Донцов П.В. Реализация в Канаде двусторонних договоров с Соединенным Королевством // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 197–208.

JEL: K33; УДК 341

Канада использует две модели реализации международного права; первая из них — трансформационная (имплементационная) и вторая — адаптационная (инкорпорационная)¹. Они соответствуют принятым в науке концепциям разграничения международного и национального права — дуализму и монизму.

«Трансформационная» модель носит явно дуалистический характер. Норма международного права не может иметь юридическую силу внутри страны, пока не «трансформируется» во внутригосударственную правовую норму. В рамках «трансформационной» модели международное право вовсе не имеет прямого воздействия на внутригосударственную правовую систему. Внутригосударственная система создает новую правовую норму, которая отражает международно-правовую норму. «Трансформированная» правовая норма сохраняет юридическую силу. Такой подход считается дуалистическим, поскольку сохраняет способность принимающей правовой системы отклонять или преобразовывать юридическую силу международно-правовой нормы во внутригосударственной правовой системе так, как считает нужным. Таким образом осуществляется внутренний контроль содержания внутригосударственного права.

«Адаптационная» модель выстроена так, что нормы международного права автоматически являются частью внутригосударственного правопорядка и входят в состав структуры правовых норм, имеющих прямую юридическую силу для субнациональных акторов (физических и юридических лиц). Такой подход является монистическим в том смысле, что изменения международного права автоматически и *ipso jure* влекут за собой изменения внутригосударственного права. С этой точки зрения международное право является внутригосударственным правом.

Канадская правовая система поддерживает и применяет обе модели. В различных конституционных документах нет четко сформулированного положения, диктующего характер взаимодействия международного и внутригосударственного права, в связи с чем эти правила вырабатываются в процессе судебного правоприменения. Подавляющее большинство канадских юристов отстаивает дуалистическую позицию в вопросе разделения международного и внутреннего права². По их мнению, международные нормы не являются самоисполнимыми, а международное право не презюмируется как часть внутреннего канадского права. Для того, чтобы обрести юридическую силу, международные обязательства должны быть включены во внутренне право посредством «благожелательного отношения» или имплементационного законодательства.

Характеризуя механизм реализации международного права, следует учитывать, что канадское право имеет особенности, содержание которых обусловлено тесной исторической связью с британской монархией и английской правовой традицией. Британский монарх согласно правовому обычаю обладал широкими дискреционными полномочиями власти (королевской прерогативой), охватывающими все три ветви власти: судебную, законодательную, исполнительную. В ходе конституционного развития Великобритании были предприняты многочисленные попытки ограничить королевские прерогативы полномочиями Парламента или юрисдикцией судов, осуществив принцип разделения властей. К концу XV века, например, прямое участие монарха в судебном процессе почти не требовалось³. *Билль о правах* (1689) закрепил ограничения прав мо-

¹ Vanek C. Is International Law Part of the Law of Canada? // University of Toronto Law Journal. 1949–1950, no 8. P. 261–262. См. также: Brownlie I. Principles of Public International Law. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. P. 42–43.

² Kindred H.M. International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada. 6th ed. Toronto: Montgomery, 2000. P. 177.

³ La Forest J., Lederman W. The Independence of the Judiciary // Canadian Bar Review. 1956. N 34. P.769.

нарха в пользу Парламента, в частности, прекратил полномочия монарха о приостановлении действия законов, принятых Парламентом.

На сегодняшний день королевскую прерогативу можно назвать специальным элементом исполнительной власти Канады. Как известно, часть дискреционных или произвольных полномочий Короны, которые она вправе использовать, сохраняются в области иностранных дел. Сюда относится полномочие вести переговоры и ратифицировать договоры⁴. Именно этой особенностью канадского права (исполнительная ветвь власти имеет исключительное право вступать в имеющие обязательную силу договоры на международном уровне, но не вправе принимать или изменять внутрисударственное право) объясняется необходимость трансформировать договорные обязательства, прежде чем они смогут иметь внутрисударственную силу.

Таким образом, в современной правовой системе Канады существует потенциальный конфликт. Международный договор, надлежащим образом заключенный исполнительной властью, не будет введен в действие компетентными внутрисударственными законодательными органами власти из-за отсутствия полномочий Короны влиять на изменение внутреннего законодательства⁵. При данных обстоятельствах Канада неизбежно станет нарушать свои международно-правовые обязательства перед другими государствами, что, в свою очередь, влечет наступление международной ответственности. Упомянутый конфликт не перерастает в реальный только по причине отказа Короны *de-facto* от реализации королевской прерогативы.

Нельзя не отметить и еще одну важную особенность канадского права. Канада — это федеративное государство, включающее 14 юрисдикций: юрисдикцию федерального правительства, юрисдикции 10 провинциальных и трех территориальных правительств. В настоящее время договорное нормотворчество является полномочием исполнительной власти, вытекающим из Королевской прерогативы. Поэтому международные договоры от имени Канады подписывает и ратифицирует федеральное правительство. Однако в силу разделения компетенции между федеральной и провинциальной властями, закрепленного в ст. 132 Конституционного акта Канады (1867)⁶, международные обязательства, касающиеся предмета ведения провинций, могут быть осуществлены только после принятия имплементационного законодательства этой провинции. Чаще всего вопросы, подпадающие под юрисдикцию провинции, относятся к международному частному праву.

В отличие от иных федеративных государств, в Канаде Парламент не наделен полномочиями придавать международным договорам силу внутреннего права, когда их предмет подпадает под юрисдикцию провинции. Отсутствие законодательного закрепления взаимного делегирования предметов ведения между различными уровнями власти является еще одной особенностью канадского права. Федеральная власть принимает имплементационное законодательство только если предмет договора относится к его ведению. Если предмет договора относится к общей юрисдикции, то имплементационное законодательство принимается на обоих уровнях.

На практике выбор модели осуществления международного права в Канаде принадлежит федеральному Парламенту и зависит он от того, кем был заключен международ-

⁴ *Dacey A.V.* Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 10th ed. London: Macmillan, 1959. P. 315; *Gotlieb A.* Canadian Treaty-Making. Toronto: Butterworth, 1968. P.83.

⁵ *Kindred H.M.* The Use of Unimplemented Treaties in Canada: Practice and Prospects in the Supreme Court in: C.Carmody (ed.) Trilateral Perspectives on International Legal Issues: Conflict and Coherence. Baltimore: American Society of International Law, 2003. P. 8–9.

⁶ Constitution Act, 1867 30 & 31 Victoria, c. 3 (U.K.) // URL: <http://laws.justice.gc.ca/eng/CONST/page-1.html> (дата доступа: 01.02.2015)

ный договор (британским монархом или правительством Канады), а также от предмета договора и соответствующей ему законодательной компетенции (федеральной или федерально-провинциальной). Всякий раз, когда возникает риск непринятия имплементационного законодательства (например, в связи с позицией какого-либо провинциального парламента), Канада прибегает к адаптационной модели реализации. В остальных (наиболее частых) случаях используется трансформационная модель.

Что касается форм реализации международного права в национальной правовой системе, то канадские ученые используют, как правило, два термина, обозначающие эти процессы: 1) «to implement» — осуществлять, 2) «to incorporate» — включать. При этом, не будучи склонными к терминологическим спорам, они употребляют их зачастую в тождественном значении⁷.

Исследование двусторонних договоров Канады и Великобритании показало, что формы их реализации можно классифицировать по способу отображения содержания международной нормы во внутренней правовой системе:

1. «Экспресс-реализация». Наиболее эффективной формой осуществления международного права является принятие в соответствии с требованием международного договора актов национальной правовой системы, содержащих нормы, аналогичные международным (здесь ученые обычно используют глагол «to implement»). В этом случае канадское законодательство гарантирует исполнение этих норм мерами национальной правовой защиты. В канадском праве можно также встретить акты, содержащие в себе тексты международных договоров в полном объеме без всяких изменений. Например, Закон Канады «О Женевских конвенциях»⁸ предусматривает, что каждый, кто совершает тяжкие преступления (например, пытки, умышленное убийство), является виновным в совершении преступления и подлежит пожизненному тюремному заключению. Таким образом, лицо, нарушающее этот закон, будет подлежать уголовной ответственности в том же порядке, как и лицо, которое нарушило Уголовный кодекс. И здесь юристы употребляют термин «to incorporate»⁹.

2. «Косвенная реализация». Косвенной реализацией канадские ученые называют применение судами национального законодательства, по своему содержанию не противоречащего нормам международного права, в связи с чем последние не нуждаются в процедуре имплементации¹⁰. Например, многие положения Хартии о правах¹¹ и провинциального законодательства в области прав человека имеют такое же содержание, как нормы международного гуманитарного права. Осуществляя защиту прав человека, канадские суды применяют нормы национального права. Однако при этом соблюдается (косвенно реализуется) и международное право.

3. Реализация международного обычного права. Большинство ученых согласны с тем, что обычное международное право является частью права Канады, при условии,

⁷ Currie J.H. Public International Law. Toronto: Irwin Law Inc., 2008. P. 95.

⁸ Geneva Conventions Act R.S.C., 1985, c. G-3// URL: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/G-3/page-1.html> (дата доступа: 01.02.2015)

⁹ LeBel L., Gonsalves A. Comments on the Integration of International Law into the Canadian Legal System // URL: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/Intl0616.pdf/\\$file/Intl0616.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/Intl0616.pdf/$file/Intl0616.pdf) (дата доступа: 01.02.2015); Bruneau J. Enforcement Mechanisms in International Law and International Environmental Law // Environmental Law Network International. 2005. N 1. P. 1–7.

¹⁰ Waters C. British And Canadian Perspectives on International Law. Toronto: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. P. 87.

¹¹ Constitution Act, 1982 // URL: <http://laws.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html#h-38> (дата доступа: 01.02.2015)

если оно не противоречит внутреннему законодательству¹². Поэтому, если граждане считают, что их права в рамках международного обычного права были нарушены, то они могут обратиться в канадский суд для восстановления нарушенных прав.

4. Реализация путем толкования¹³. Международные договоры часто используются в канадских судах в качестве инструментов, помогающих интерпретировать внутреннее законодательство. Существует правовая презумпция того, что принимаемые законы Канады не могут нарушать ее договорных обязательств. Таким образом, если суды толкуют канадский закон, опираясь на положения международного права, то это можно рассматривать в качестве способа реализации международного права.

5. Проблема прямого действия международного права также активно дискутируется канадскими учеными. Большинство из них склоняются к мнению, что таким действием обладают только нормы международного гуманитарного права¹⁴. Ими даже предлагается рассматривать механизм его реализации отдельно от всего международного публичного права, так как нормы этой отрасли имеют прямое действие, применяются судами непосредственно, независимо от наличия имплементационных актов Канады или канадской провинции. В данной части мы полностью разделяем мнение П.Н. Бирюкова, полагающего, что «международные нормы... могут действовать «от своего собственного имени», непосредственно регулируя отношения во внутренней сфере. Дополнительные конструкции представляются излишними. Для прямого действия международных норм во внутригосударственной сфере государству достаточно определить формы и способы их реализации»¹⁵.

Первый договор между Канадой как самостоятельным актором международного права и Великобританией был заключен в 1930 г. и посвящался обоюдному освобождению от подоходного налога на прибыль, полученную от эксплуатации судов, и в настоящее время уже не действует¹⁶. Впоследствии между Канадой и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии было заключено свыше 90 договоров, большинство из которых (около 50) так и не вступило в силу или прекратило свое действие в связи с их исполнением или заключением новых договоров. К утратившим в настоящее время юридическую силу относятся международные договоры по вопросам поставки продовольствия, вооружения, открытия кредитных линий, обучения пилотов канадских ВВС в период Второй Мировой войны, а также договоры в иных сферах сотрудничества, утративших актуальность в настоящее время¹⁷.

¹² Currie J.H. Op. cit. P. 34.

¹³ McDougal M.S. The International Law Commission's Draft Articles Upon Interpretation: Textuality Redivivus // American Journal of International Law. 1967. P. 992–1000.

¹⁴ Currie J.H. International Treaties and Conventions as Agents of Convergence and Multijuralism in Domestic Legal Systems / Breton A. et al. (eds.) Multijuralism. Manifestations, Causes and Consequences. Farnham: Ashgate Publishing, 2009. P. 11.

¹⁵ Бирюков П.Н. Международное право: Учеб. пособие. М.: Юристъ, 2009. С. 135.

¹⁶ Agreement between His Majesty's Government in Canada and His Majesty's Government in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland providing for the Reciprocal Exemption from Income Tax of Earnings derived from the Operation of Ships // CTS 1930. № 4.

¹⁷ Agreement between Canada and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income // CTS 1946. № 17; Exchange of Notes (July 7 and September 3, 1943) between Canada and the United Kingdom providing for the Reciprocal Exemption of Persons Resident in Canada and British Guiana from Income Tax of Earnings derived from the Operation of Ships // CTS 1943. № 7; Exchange of Notes between Canada and the United Kingdom concerning Canadian Air Service to the Caribbean // CTS 1949. № 21; Exchange of Letters (January 31 and February 1st, 1947) between Canada and the United Kingdom constituting an Agreement con-

Несмотря на то, что в рассматриваемый период Канада обладала правом заключения международных договоров, выражение согласия на их обязательность происходило путем издания королевских прокламаций. При этом договоры, заключаемые с самим Соединенным Королевством, также обретали обязательную юридическую силу для Канады посредством Прокламаций. Некоторые из них принимаются и на современном этапе развития международной правосубъектности Канады. Например, Прокламация о вступлении в силу консолидированных Соглашений о социальном обеспечении между Канадой и Соединенным Королевством (1995)¹⁸ гласит:

«Елизавета Вторая, Милостью Божией, Королева Великобритании, Канады и других ее Королевств и Территорий, Глава Содружества, Защитница Веры, принимая во внимание, что Приказом в Совете 1995-139 от 31 января 1995 г. Губернатор — в — Совете объявил, что Консолидированные Соглашения по вопросам социального обеспечения, согласованные в письмах от 11 и 18 октября 1994 г. Канадой и Соединенным Королевством, вступают в силу на дату, указанную в письмах, которыми обменялись два правительства, уведомив друг друга, что все вопросы, которые необходимы для осуществления данных Соглашений, разрешены. Принимая во внимание, что указанный Приказ в Со-

cerning the Grant to Airlines of Traffic Rights in Fiji and Canton Island // CTS 1947. № 37; Agreement for Air Services between the United Kingdom and Canada // CTS 1945. № 17; Exchange of Notes (July 15 and 16, 1943) between Canada and the United Kingdom recording Arrangements for Establishing a Canadian Government Trans-Atlantic Air Service // CTS 1943. № 8; Exchange of Notes between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland constituting an Agreement on British Armed Forces Training in Canada // CTS 1991. № 33; Exchange of Notes (March 7 and 10, 1980) between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom concerning Transport Assistance by Canadian Armed Forces to the Election Observers in Rhodesia // CTS 1980. № 3; Exchange of Notes (April 19, 1955 and January 9, 1956) between Canada and the United Kingdom concerning the Status of Canadian Forces Stationed in Germany // CTS 1956. № 26; Exchange of Notes between Canada and the United Kingdom recording an Agreement concerning the Service of Royal Canadian Air Force Personnel Attached to the Royal Air Force // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=103450> (дата доступа: 01.02.2015); Memorandum of Agreement between the United Kingdom and Canada as to the Financial Arrangements Applicable to Personnel of the Royal Canadian Air Force Serving With, or in Conjunction With, The Royal Air Force // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=100195> (дата доступа: 01.02.2015); Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom on the Settlement of War Claims // CTS 1946. № 10; Exchange of Notes between Canada and the United Kingdom constituting an Agreement for the Amendment of Appendix IV to the British Commonwealth Air Training Plan of the 5th June, 1942 // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=103451> (дата доступа: 01.02.2015); Exchange of Notes between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Establishment of Minimum Prices for Cereals Imported into the United Kingdom from Canada // CTS 1964. № 10; Exchange of Letters (December 7 and 30, 1949) between Canada and the United Kingdom concerning United Kingdom Duty on Band Saw Strips and Seamless Tubes and Pipes in relation to Paragraph 7 of the United Kingdom-Canada Exchange of Notes, October 30, 1947 // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=100632> (дата доступа: 01.02.2015); Exchange of Notes between Canada and the United Kingdom providing for the Further Extension to August 31, 1949 of the Operating Rights Enjoyed by the United Kingdom Carrier at Gander Bay, Newfoundland // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=103460> (дата доступа: 01.02.2015); Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom with respect to the Loan to the Government of the United Kingdom of Vessels Owned by the Government of Canada // CTS 1945. № 9; Agreement between the Governments of Canada and the United Kingdom on the Principles applying to the Provision by Canada of Canadian War Supplies to the United Kingdom under the War Appropriation (United Nations Mutual Aid) Act of Canada, 1943 // CTS 1944. № 3; Financial Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom // CTS 1953. № 22; Trade Agreement between Canada and the United Kingdom // CTS 1937. № 14.

¹⁸ Proclamation Declaring the Consolidated Agreements on Social Security Between Canada and the United Kingdom in Force December 1, 1995 SI/95-118 // URL: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SI-95-118/page-1.html> (дата доступа: 01.02.2015).

вете был представлен на рассмотрение Парламента 15 февраля 1995 г., принимая во внимание, что до истечения 20-го дня после Приказа он был представлен на рассмотрение Парламента, без уведомления обеих Палат о том, что Приказ будет аннулирован, принимая во внимание, что Приказ вступил в силу на 30-й день после того, как он был представлен на рассмотрение Парламента; принимая во внимание, что в ратификационных грамотах на 29 сентября 1995 г. указано, что Консолидированные Соглашения вступят в силу с 1 декабря 1995 г.; принимая во внимание, что мероприятия, изложенные в обменных письмах 8 и 10 ноября 1959 г., 7 и 30 ноября 1961 г., 9 марта 1973 г. и 10 ноября 1977 г., прекращают свое действие с 1 декабря 1995 г.; и принимая во внимание, что Приказом в Совете 1995-1827 от 31 октября 1995 г. Губернатор в Совете постановил, что Прокламация объявляет о том, что Консолидированные Соглашения о социальном обеспечении между Канадой и Соединенным Королевством вступают в силу с 1 декабря 1995 г. Теперь вы знаете, что Мы, по совету нашего Тайного Совета Канады, провозглашаем, что Консолидированные Соглашения о социальном обеспечении между Канадой и Соединенным Королевством, копия которых прилагается, вступают в силу с 1 декабря 1995 г., и на эту дату договоренности, изложенные в обменных письмах, прекращают свое действие».

Приложением к Прокламации является само Соглашение. Таким образом Корона, будучи лишенной правовой возможности изменения внутреннего законодательства Канады, применила адопционную модель реализации названных Соглашений на территории Канады. Справедливости ради следует отметить, что реализация данного Соглашения была также проведена путем фактической гармонизации норм канадского законодательства, состоявшейся еще до издания Прокламации. Как видно из приведенного примера, для этого потребовался год.

Однако в большинстве случаев для реализации действующих двусторонних договоров, классификация которых предложена ниже, была использована трансформационная модель¹⁹. В зависимости от предмета регулирования рассматриваемые двусторонние договоры можно разделить на следующие категории:

1) *Договоры в области налогообложения*²⁰. Среди них действует целый пакет одно- и оффшорными территориями. Этими договорами предусмотрен двусторонний обмен информацией, необходимой для администрирования и исполнения национальных за-

¹⁹ Henry J. The Price of Offshore Revisited // Tax Justice Network. July 2012. P. 2–6.

²⁰ Agreement between the Government of Canada and the States of Guernsey, under Entrustment from the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, for the Exchange of Information on Tax Matters // CTS 2012. № 4; Agreement between the Government of Canada and the Government of the Isle of Man, under Entrustment from the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, for the Exchange of Information on Tax Matters // CTS 2011. № 32; Agreement between the Government of Canada and the Government of Jersey, under Entrustment from the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, for the Exchange of Information relating to Tax Matters // CTS 2011. № 33; Agreement between the Government of Canada and the Government of Anguilla under Entrustment from the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Exchange of Information with respect to Tax Matters // CTS 2011. № 17; Agreement between the Government of Canada and the Government of the Cayman Islands under entrustment from the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Exchange of Information on Tax Matters // CTS 2011. № 6; Agreement between the Government of Canada and the Government of the Turks and Caicos Islands under Entrustment from the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Exchange of Information on Tax Matters // CTS 2011. № 16; Agreement between the Government of Canada and the Government of Bermuda under Entrustment from the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland on the Exchange of Information with Respect to Taxes // CTS 2011. № 8; Convention between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income and Capital Gains // CTS 1980. № 25.

конов, включая информацию, являющуюся весьма полезной для определения, оценки, исполнения и сбора налогов в отношении лиц, обязанных платить налог, по запросу компетентных национальных органов власти

2) *Договоры в области воздушных сообщений*²¹.

3) *Договоры в области военной деятельности*²². Бермудские острова являются Бри-танской заморской территорией (до 1981 г. они имели статус колонии). Договоры предусматривают максимальное количество канадских военнослужащих, которые могут пребывать на островах. Этот максимум определен в 100 человек, по усмотрению органов государственной власти Бермудских островов может устанавливаться количество канадских самолетов и кораблей, которые могут находиться на островах.

4) *Договоры в области сотрудничества в борьбе с преступностью*²³. Преамбула каждого из договоров этого блока содержит ссылку на Конвенцию ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств (1988)²⁴, или на более раннюю Конвенцию ООН (1961)²⁵, что является примером транспозиции норм между актами международного права.

5) *Договоры в области социального обеспечения*²⁶. К этой же категории относится Конвенция о социальном обеспечении между правительством Канады и правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии²⁷. Документ содержит нормы, устанавливающие порядок его вступления в силу: «Конвенция вступает в силу в дату, когда будут окончены все мероприятия, необходимые, чтобы придать Конвенции силу закона в Соединенном Королевстве и в Канаде, соответственно:

а) в Канаде — в отношении налогов, удерживаемых у субъекта с сумм, уплаченных им на счета нерезидентов после 1.01.1976;

²¹ Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland concerning Air Services // CTS 1988. № 22; Exchange of Notes between Canada and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland amending the Agreement for Air Services signed at Ottawa August 19, 1949, as amended on August 18, 1958 and September 6, 1960 // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=100167> (дата доступа: 01.02.2015); Agreement between Canada and the United Kingdom concerning the Establishment of Air Communications between the Territory of Canada and United Kingdom Territories in the West Atlantic and Caribbean Areas // CTS 1947. № 17.

²² Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland on British Armed Forces' Training in Canada // CTS 2006. № 17; Exchange of Notes between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom concerning the Status of Canadian Forces in Bermuda // CTS 1964. № 21.

²³ Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland regarding the Sharing of Forfeited or Confiscated Assets or their Equivalent Funds // CTS 2001. № 9; Treaty between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland on Mutual Assistance in Criminal Matters (Drug Trafficking) // CTS 1990. № 16.

²⁴ Конвенция ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств 1988 // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/illicit_drugs.pdf (дата доступа: 01.02.2015).

²⁵ Единая конвенция ООН о наркотических средствах 1961 года // Бюллетень международных договоров. 2000. № 8. С. 15–50.

²⁶ Exchange of Letters constituting an Agreement on the Consolidated Arrangements on Social Security between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland // CTS 1995. № 21; Exchange of Letters constituting an Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Establishing the Terms and Conditions of Reciprocity in Social Security between Canada, Jersey and Guernsey // CTS 1994. № 5; Agreement regarding Workmen's Compensation for Employees in Canada of the United Kingdom Government between Canada and the United Kingdom // CTS 1940. № 10.

²⁷ Convention on Social Security between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland // CTS 1998. № 3.

б) в Соединенном Королевстве — в отношении любых дивидендов, которые облагаются налогом на прибыль после 6.04.1973; в отношении налога на прибыль, за любой финансовый год, начиная с 1.04.1976; в отношении налога на нефтяные доходы для периодов, начиная с 1.01.1976; в отношении земельного налога после 1.08.1976. Правительства Договаривающихся государств обязуются как можно скорее уведомить об этом друг друга в письменной форме.

Несмотря на любые положения соответствующего внутреннего законодательства Договаривающихся государств, касающегося ограничений для применения освобождения от налогообложения, лицо имеет право на возврат налога, если им подана заявка в компетентный орган в течение одного года после окончания календарного года, в котором Конвенция вступает в силу».

Осуществление Конвенции проведено в форме «косвенной реализации», путем принятия или изменения действующего налогового законодательства, содержащего гармонизированные нормы.

б) *Договоры в области исполнения судебных решений.* Например, Конвенция между Правительством Канады и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, предусматривающая обоюдное признание и исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам²⁸. Конвенция была реализована путем принятия Закона о канадско-британской Конвенции о правосудии по гражданским и коммерческим делам (1985)²⁹: «Закон является актом реализации Конвенции между Канадой и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии, предусматривающий взаимное признание и исполнение судебных решений в гражданских и коммерческих делах. Конвенция вступила в силу и имеет силу закона в Канаде в течение такого же времени, что и период нахождения в силе самой Конвенции. При противоречиях между положениями настоящего Закона или Конвенции и положениями любого другого закона, положения настоящего Закона и Конвенции превалируют в случае несоответствия. Министр юстиции может издавать такие нормативные акты, которые необходимы для осуществления Конвенции, или для приведения в действие любого из его положений». Приложением к Закону является полный текст самой Конвенции. В рассматриваемом случае законодатель прибег к адаптационной модели реализации международного права.

7) *Договоры в области дружбы и сотрудничества*³⁰.

²⁸ Convention between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland providing for the Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters // CTS 1987. № 29.

²⁹ 24 Canada-United Kingdom Civil and Commercial Judgments Convention Act R.S.C., 1985, c. C-30 // URL: <http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-30/page-1.html#docCont> (дата доступа: 01.02.2015).

³⁰ Exchange of Notes constituting an Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom concerning Fisheries Relations between the two Countries // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=103473> (дата доступа: 01.02.2015); Exchange of Letters between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland constituting an Agreement amending the Films Co-Production Agreement // CTS 1986. № 31; Films Co-Production Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland // CTS 1975. № 30; Exchange of Notes between Canada and the United Kingdom concerning the Supply of Canadian Wheat Flour for Emergency Stock-Piling in the United Kingdom // CTS 1960. № 16; Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom on the Chartering of Ships // CTS 1946. № 44; Exchange of Notes between Canada and the United Kingdom extending to all Government Vehicles and to all Government Employed Personnel the Traffic Accidents Agreement Effected by an Exchange of Notes dated April 20 and 24, 1942 // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=103463> (дата доступа: 01.02.2015).

8) *Договоры в области валютного регулирования*³¹.

Несмотря на многовековые тесные отношения между Великобританией и Канадой, количество действующих международных договоров остается невелико. Объяснением этого, на наш взгляд, является сравнительно молодой суверенитет самой Канады, а также сохраняющееся прямое влияние внутреннего права Великобритании на правовую систему своего бывшего доминиона. Например, Законом Соединенного Королевства «О наследовании Короны» (2013)³² вводился и изменялся ряд положений о престолонаследии в Великобритании. В частности, согласно Закону мужчины, рожденные после 28 октября 2012 года, более не стоят выше, чем их старшие сестры в очереди на занятие трона; члены королевской семьи, заключившие брак с католиком по вероисповеданию, больше не лишаются права на престолонаследие; лица, ранее утратившие возможность престолонаследия по этому основанию, восстанавливаются в своем праве (однако лица протестантского вероисповедания к престолонаследию так же, как и до принятия закона, не допускаются); в отличие от Билля «О наследовании Короны» (1772)³³, разрешение Суверена Британии на свадьбу требуется только для шести первых в очереди на престолонаследие лиц.

Принятие упомянутого Закона Парламентом Великобритании сопровождалось аналогичной процедурой в Парламенте Канады, одобрившим 26.09.2013 Закон «О наследовании Трона»³⁴, после чего Закон Великобритании был промульжирован Королевой. Канадский акт со ссылкой на рассмотрение Британским парламентом Закона «О наследовании Короны», выражал согласие Канады на изменения в законодательстве, которые будут связаны с его принятием.

Более детальное изучение механизмов подобного влияния национального права Великобритании на правовую систему Канады выходит за рамки настоящего исследования, так как они являются частью специфической отрасли внутреннего права страны под названием «право Короны»³⁵.

³¹ Agreement to amend the Financial Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom // CTS 1957. № 2; Convention between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (on behalf of Montserrat) and Canada concerning the exchange of money orders // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=105330> (дата доступа: 01.02.2015); Convention between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (on behalf of the colony of Saint Christopher Nevis and Anguilla) and Canada concerning the exchange of money orders // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=105329> (дата доступа: 01.02.2015); Convention between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (on behalf of Antigua) and Canada concerning the exchange of money orders // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=105328> (дата доступа: 01.02.2015); Exchange of Notes between Canada and the United Kingdom concerning the Entry into Force of the Financial Agreement of March 6, 1946 between the two Countries // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=103469> (дата доступа: 01.02.2015); Financial Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom // CTS 1946. № 9.

³² Succession to the Crown Act 2013 // URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/20/enacted> (дата доступа: 01.02.2015)

³³ Succession to the Crown Bill 1772 // URL: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldbills/011/05011.1-i.html> (дата доступа: 01.02.2015)

³⁴ Succession to the Throne Act, 2013 S.C. 2013, c. 6 // URL: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-23.5/page-1.html#s-2>. (дата доступа: 01.02.2015)

³⁵ См. подробнее: *Донцов П.В.* «Право короны» как отрасль внутреннего права Канады // Вестник Воронежского государственного университета. Серия «Право». 2014. № 2(17). С. 213–220.



Библиография

- Бирюков П.Н. *Международное право: учеб. пособие*. М.: Юристъ, 2009. 685 с.
- Донцов П.В. «Право короны» как отрасль внутреннего права Канады // *Вестник Воронежского государственного университета*. Серия «Право». 2014. № 2(17). С. 213–220.
- Brownlie I. *Principles of Public International Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. 373 p.
- Bruneel J. *Enforcement Mechanisms in International Law and International Environmental Law* // *Environmental Law Network International*. 2005, no 1, pp. 1–7.
- Currie J. H. *International Treaties and Conventions as Agents of Convergence and Multijuralism in Domestic Legal Systems* / Breton A. et al. (eds.) *Multijuralism. Manifestations, Causes and Consequences*. Farnham: Ashgate Publishing, 2009. P. 11.
- Currie J.H. *Public International Law*. Toronto: Irwin Law Inc., 2008. 618 p.
- Dicey A. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885). 10th ed. London: Macmillan, 1959. 246 p.
- Gotlieb A. *Canadian Treaty-Making*. Toronto: Butterworths, 1968. 107 p.
- Henry J. *The Price of Offshore Revisited* // *Tax Justice Network*. July 2012. P. 2–6.
- Kindred H. *The Use of Unimplemented Treaties in Canada: Practice and Prospects in the Supreme Court* / C. Carmody, Y. Iwasawa, S. Rhodes (eds.) *Trilateral Perspectives on International Legal Issues: Conflict and Coherence*. Baltimore: American Society of International Law, 2003. P. 8–9.
- Kindred H.M. *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*. 6th ed. Toronto: Montgomery, 2000. 526 p.
- La Forest J., Lederman W. *The Independence of the Judiciary* // *Canadian Bar Review*. 1956. no 34. P. 769.
- Le Bel L., Gonsalves A. *Comments on the Integration of International Law into the Canadian Legal System* // URL: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/Intl0616.pdf/\\$file/Intl0616.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/Intl0616.pdf/$file/Intl0616.pdf) (дата доступа: 01.02.2015).
- McDougal M.S. *The International Law Commission's Draft Articles Upon Interpretation: Textuality Redivivus* // *American Journal of International Law*. 1967, p. 992–1000.
- Vanek C. *Is International Law Part of the Law of Canada?* // *Toronto Law Journal*. 1949–1950, no 8, p. 261–262.
- Waters C. *British and Canadian Perspectives on International Law*. Toronto: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. 407 p.

The Implementation of Canada-United Kingdom Treaties in Canada

Pavel V. Dontsov

Associate Professor, Department of International and European Law, Faculty of Law, Voronezh State University, Candidate of Juridical Sciences. Judge, 19th Commercial Appellate Court. Address: 10 Lenina Ploschad', Voronezh, 394006, Russian Federation. E-mail: PavelDontsov@yandex.ru



Abstract

The subject matter of this research is international agreements made in different historical periods between Canada and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, as well as the acts of domestic law of Canada adopted for the implementation of relevant rules of international law. The aim of the study was identifying models for the implementation of bilateral agreements between Canada and the United Kingdom, the forms of their implementation in domestic law, and classification of existing and invalid agreements. The methodology of the research includes formal juridical and legal, historical research methods, and the method of comparative legal analysis. As a result of the research, the author concludes that Canada follows both implementational and adoptional bodies as to performing bilateral agreements with Great Britain using a variety of forms (express implementation, indirect implementation

etc.). Canadian law has features determined by a close historical connection with the British monarchy and the English legal tradition. Currently, an agreement activity is the authority of the executive power derived from the Royal prerogative. Therefore, international treaties on behalf of Canada are signed and ratified by the Federal government. However, due to the separation of competencies between the federal and provincial authorities under article 132 of the Constitution act, 1867, international obligations relating to the subject of reference of the provinces, can only be implemented after the adoption implementation legislation of this province. Most often, the issues within the jurisdiction of the province belong to private international law. The study found that, despite the long historical period of international relations with Great Britain, Canada continues to operate a small number of international agreements, mainly in the field of economic and military cooperation, legal assistance in criminal and civil cases, air transport, taxation, fisheries and social security. The explanation, in the opinion of the author, is a relatively young sovereignty of Canada, as well as the continuing direct impact to the domestic law of the UK legal system of its former dominion.



Keywords

Canada; UK; bilateral agreements; forms of implementation of international norms; international law, implementation, implementational and adoptional models, dominion.

Citation: Dontsov P.V. (2015) The Implementation of Canada-United Kingdom Treaties in Canada. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 197–208 (in Russian)



References

- Biryukov P.N. (2009) *Mezhdunarodnoe pravo* [International Law]. Moscow: Yurist, 685 p. (in Russian)
- Brownlie I. (2003) *Principles of Public International Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 373 p.
- Brunee J. (2005) Enforcement Mechanisms in International Law and International Environmental Law. *Environmental Law Network International*, no 1, pp. 1–7.
- Currie J. H. (2009) International Treaties and Conventions as Agents of Convergence and Multijuralism in Domestic Legal Systems. Breton A. et al (eds.) *Multijuralism. Manifestations, Causes and Consequences*. Farnham: Ashgate Publishing, p. 11.
- Currie J.H. (2008) *Public International Law*. Toronto: Irwin Law Inc., 618 p.
- Dicey A.V. (1959) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 10th ed. London: Macmillan, 246 p.
- Dontsov P.V. (2014) «Pravo korony» kak otrasl' vnutrennego prava Kanady [Law of Crown as a Branch of Canada's Internal Law]. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo*, no 2(17), pp. 213–220 (in Russian).
- Gotlieb A. (1968) *Canadian Treaty-Making*. Toronto: Butterworths, 107 p.
- Henry J. (2012) The Price of Offshore Revisited. *Tax Justice Network*, July, pp. 2–6.
- Kindred H.M. (2003) The Use of Unimplemented Treaties in Canada: Practice and Prospects in the Supreme Court. Carmody C. (ed.). *Trilateral Perspectives on International Legal Issues: Conflict and Coherence*. Baltimore: American Society of International Law, pp. 8–9.
- Kindred H.M. (2000) *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*. 6th ed. Toronto: Montgomery, 526 p.
- La Forest J., Lederman W. (1956) The Independence of the Judiciary. *Canadian Bar Review*, no 34, p. 769.
- LeBel L., Gonsalves A. (2001) Comments on the Integration of International Law into the Canadian Legal System // Available at URL: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/IntI0616.pdf/\\$file/IntI0616.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/IntI0616.pdf/$file/IntI0616.pdf) (accessed February 1, 2015).
- McDougal M.S. (1967) The International Law Commission's Draft Articles Upon Interpretation: Textuality Redivivus. *American Journal of International Law*, p. 992–1000.
- Vanek C. (1949–1950) Is International Law Part of the Law of Canada? *Toronto Law Journal*, no 8, pp. 61–262.
- Waters Ch. (2006) *British and Canadian Perspectives on International Law*. Toronto etc.: Martinus Nijhoff Publishers, 407 p.

Модель управления компанией с приоритетом акционеров: право на жизнь в российских реалиях



С.И. Луценко

ведущий эксперт Контрольного управления Президента Российской Федерации. Адрес: 103132, Российская Федерация, Москва, Старая площадь, 8/5. E-mail: scorp_ante@rambler.ru



Аннотация

В статье рассматривается и анализируется модель управления компанией с приоритетом со стороны акционеров. Целью автора является рассмотрение концепции управления компанией с приоритетом со стороны акционеров, а также ее анализ с точки зрения возможности использования в российских корпоративных реалиях. Модель приоритета акционера направлена на недопущение нарушений менеджментом обязанностей должной заботливости, справедливости и лояльности (нарушения своих фидуциарных обязанностей) и нанесения ущерба экономическим интересам акционеров и компании. Рассматриваемая модель управления создает возможность со стороны акционеров дисциплинировать руководство компании. Особенностью приоритета управления со стороны акционеров является наличие агентских взаимоотношений между принципалом–акционером и агентом–менеджментом. В статье также рассматриваются некоторые особенности взаимоотношений между самими собственниками. Модель приоритета со стороны акционеров позволяет не только налагать на менеджмент фидуциарные обязанности, но и следить за тем, чтобы последние следовали основному критерию — корпоративному благу. Корпоративный менеджмент, являясь агентом акционеров, обязан максимизировать доходность относительно инвестиций акционеров, в том числе в долгосрочной перспективе. Часто руководство компании действует недобросовестно, нарушая фидуциарные обязанности. Менеджмент стремится получить личную выгоду, используя различные механизмы. Акционер может использовать механизмы контроля над действиями управленцев с целью максимизации стоимости компании и проведения корпоративной политики в интересах собственников. Однако собственникам следует принимать во внимание, что для решения поставленных задач менеджмент необходимо стимулировать. Статья носит междисциплинарный характер, поскольку затрагивает особенности как корпоративного права, так и корпоративного управления, которое является составной частью корпоративных финансов как науки. Указанная модель управления компанией — с приоритетом со стороны акционеров (собственников) позволяет ее участникам (собственникам, менеджменту) определять форму сотрудничества (регулировать конфликты интересов), с целью достижения максимизации стоимости компании в долгосрочной перспективе.



Ключевые слова

модель управления, менеджмент, акционер, корпоративное благо, агентская теория, благосостояние, приоритет акционера

Библиографическое описание: Луценко С.И. Модель управления компанией с приоритетом акционеров: право на жизнь в российских реалиях // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 209–219.

JEL: G30, G38, K12, K20, K22, K42; УДК: 34

Введение

Модель акционерного общества как специфической организационно-правовой формы коммерческой организации рассчитана на аккумуляцию значительных финансовых средств, в том числе средств физических лиц, которые, в свою очередь, ориентируются на инвестиционную привлекательность компании и преумножение своих вложений в капитал¹. Причем собственники (акционеры), вкладывая средства в капитал компании, наделяются определенными полномочиями. Указанные полномочия позволяют им в целях достижения максимальной эффективности компании (в силу широкой дискреции при выборе экономической стратегии бизнеса) и рационального использования ресурсов как самостоятельно (в этом случае фидуциарные обязанности возлагаются на самих акционеров), так и под свою ответственность назначать (выбирать) менеджмент, которому доверяется управление компанией, ресурсы (активы) которой принадлежат собственнику (акционеру)². Другими словами, Конституционный Суд Российской Федерации изначально определяет агентскую модель, ее участников и их полномочия и обязанности. Принципал-акционер вправе самостоятельно управлять компанией, и на него в этом случае налагаются фидуциарные обязанности должной заботливости, добросовестности и лояльности. Или же собственник (акционер) вправе делегировать свои полномочия агенту-менеджменту (исполнительному органу, совету директоров), который действует (управляет) от имени и в интересах принципала.

В других своих актах Конституционный Суд России формулирует агентскую проблему как конфликт между заинтересованными ее участниками (в данном случае между акционерами и менеджментом) и необходимость разделения права собственника на денежные потоки (экономические интересы) и контрольные права над менеджментом³. Тем самым Конституционный Суд также идентифицирует модель приоритета управления компанией со стороны акционеров (собственников). Кроме того, высший правоприменитель определяет конечную цель акционерного общества — достижение корпоративного блага: улучшение корпоративного управления и инвестиционной привлекательности, повышение биржевой стоимости акций.

Позиции Конституционного Суда Российской Федерации корреспондируют с позицией известных исследователей данной проблематики. В частности, Д. Миллон⁴ отводит привилегированную роль акционерам в пределах корпорации. Он утверждает, что корпоративный менеджмент является агентом акционеров и обязан максимизировать доходность относительно инвестиций акционеров. Причем данная максимизация благосостояния собственников должна иметь место и в долгосрочной перспективе. Однако зачастую агенты (менеджмент) не действуют добросовестно и разумно относительно своих принципалов (нарушая фидуциарные обязанности), как если бы они это делали, когда работали на себя. Менеджмент стремится получить личную выгоду любыми путями. В частности, менеджмент компании совершает сделки с заинтересованностью с превышением полномочий без одобрения со стороны принципала (вывода активов из компании по заниженной стоимости); сделки с имуществом (векселями), обладаю-

¹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28 января 2010 г. № 2-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2010. № 3.

² См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 марта 2005 г. № 3-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2005. № 3.

³ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 02 ноября 2011 г. № 1486-О-О // СПС КонсультантПлюс.

⁴ См.: *Millon D. Radical Shareholder Primacy* // *University of St. Thomas Law Journal*. 2014. Vol.10. P. 1013.

щим признаками подделки, подложности, с «фирмами-однодневками» (без получения реального исполнения) в ущерб акционерного общества и его собственникам; либо непосредственно получает незаконную личную выгоду путем начисления себе премий без утверждения уполномоченных органов и без учета выполнения показателей (результатов), в соответствии с финансовым планом компании⁵.

Неопределенность в отношении поведения менеджмента и расходы, которые вынуждены нести акционеры в попытках контролировать производительность руководства компании, были названы «агентскими затратами». В связи с этим одной из проблем, которая стоит перед акционерами, является минимизация агентских затрат с целью повышения собственного благосостояния. Л. Джонсон отмечает, что впервые понятие «управления компанией с приоритетом со стороны акционеров» появилось в работе Д. Миллона⁶ и в их совместной работе⁷. Данные авторы рассматривали широкую дискрецию менеджмента и их политику, которая, в свою очередь, должна быть направлена исключительно на повышение благосостояния акционеров. Управление с позиции приоритета собственника инструктирует менеджмент с точки зрения дифференцирования интересов акционеров по отношению к конкурирующим интересам других заинтересованных участников (инвесторов, кредиторов)⁸.

В свою очередь национальный правоприменитель идентифицирует модель управления с приоритетом акционеров, отводя особую (привилегированную) роль не только крупным собственникам (акционерам), но и мелким. В частности, отмечается, что незаконное изъятие активов компании группой собственников (их привилегированной частью) лишает незаинтересованных акционеров (непривилегированной части) возможности принимать управленческие решения и получать выгоды от использования активов в своих интересах в будущем. Своими действиями заинтересованные акционеры нарушают баланс интересов участников корпоративных отношений, что является недопустимым⁹.

В другом деле правоприменитель формулирует приоритет управления компанией со стороны акционера как недопустимость действий со стороны члена правления (т.е. агента акционера) по заключению сделки (выплата значительных денежных средств при увольнении члена правления), в результате которых происходит снижение чистой прибыли общества, являющейся источником выплаты дивидендов. Право на получение дивидендов — одно из основных прав акционера. Исполнение оспариваемой сделки со стороны менеджмента повлечет убытки как для компании, так и для других акционеров, уменьшит чистые активы компании, от величины которой напрямую зависит цена акций, сократит сумму дивидендов¹⁰. Суд связывает приоритет акционера и действия

⁵ См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19 декабря 2014 г. № Ф05-14689/2014 по делу № А40-87614/13-109-534; постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 26 сентября 2014 г. № Ф03-4221/2014 по делу № А51-29843/2013; постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 20 октября 2014 г. № 17АП-11842/2014-ГК по делу № А60-2531/2014 // СПС КонсультантПлюс.

⁶ См.: *Millon D. State Takeover Laws: A Rebirth of Corporation Law?* // *Washington and Lee Law Review*. 1988. Vol. 45. P. 917.

⁷ См.: *Johnson L., Millon D. Misreading the Williams Act* // *Michigan Law Review*. 1989. Vol. 87. P. 1899.

⁸ См.: *Johnson L., Millon D. The Case Beyond Time* // *The Business Lawyer*. 1990. Vol. 45. P. 2116; *Johnson L., Millon D. Corporate Takeovers and Corporate Law: Who's in Control?* // *The George Washington Law Review*. 1993. Vol. 61. P. 1179.

⁹ См.: Постановление Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02 ноября 2010 г. № 8366/10 по делу № А10-3714/2009 // *Вестник ВАС РФ*. 2011. № 2.

¹⁰ См.: Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 15 апреля 2014 г. по делу № А58-872/2013 // СПС КонсультантПлюс.

менеджмента как агента в интересах принципала и в привязке к корпоративному благу компании (цена акций — величина полученных дивидендов). Преобладание собственника в управлении компанией является необходимым условием для достижения корпоративной цели компании¹¹.

Автор анализирует модель управления компанией с приоритетом со стороны акционеров и изучает возможность использования собственниками своих управленческих полномочий с целью недопущения со стороны менеджмента девиантного поведения (отклонения от своих фидуциарных обязанностей) в ущерб экономическим интересам акционеров и компании. Такая концепция управления позволяет дисциплинировать управленческую команду и действовать в соответствии с критериями корпоративного блага. Выживанию концепции способствует, в числе прочих, правоприменительная практика не только высших, но и окружных судов. Данная статья является междисциплинарной — на стыке наук корпоративного права и корпоративного управления, которое, в свою очередь, является составляющей корпоративных финансов.

Д. Миллон определяет концепцию приоритета акционера как «автономию акционера»¹². Другими словами, акционеры должны проявить волю, чтобы воздействовать на менеджмент с целью максимизации своих финансовых интересов или инициировать отставку менеджмента в случае невыполнения поставленных целей. С. Луценко¹³ идентифицирует концепцию приоритета акционеров с помощью модели делового целеполагания легитимности действия менеджмента. За счет оставления определенной дискреции менеджменту, с последующим правом акционеров проводить мониторинг.

Конституционный Суд Российской Федерации интерпретирует приоритет собственника как участника деятельности компании в ее капитале посредством предоставления собственных денежных средств. Тем самым собственник вправе самостоятельно принимать управленческие решения и нести бремя заботы о своем благополучии, в силу которого он несет риск неэффективности экономической деятельности компании, в том числе посредством наделения менеджмента фидуциарными обязанностями и дискрецией в принятии решений¹⁴. Европейский Суд по правам человека идентифицирует концепцию приоритета акционера посредством правовой природы акции. Данная ценная бумага является комплексным имуществом и наделяет ее обладателя (акционера), в числе прочих, управленческими правами¹⁵.

В современных реалиях корпоративного права концепция приоритета акционера сталкивается с конкурирующей моделью управления компанией — с принципом приоритета директора (менеджмента), предложенным С.Бейнбриджем¹⁶. Согласно его концепции менеджмент компании (исполнительный орган, совет директоров) должен следовать критерию максимизации благосостояния акционера. Но при этом менеджмент обладает широким усмотрением относительно средств его достижения, и, в значительной степени, руководство является неуязвимым от прямого (непосредственного)

¹¹ См.: *Stout L.* New Thinking on «Shareholder Primacy» // Working Paper. UCLA School of Law. 2011. P. 4.

¹² См.: *Millon D.* Radical Shareholder Primacy // University of St. Thomas Law Journal. 2014. Vol. 10. P. 1017.

¹³ См.: *Луценко С.И.* Теории приоритета управления компанией: баланс интересов участников // Финансовый менеджмент. 2011. № 6. С. 48.

¹⁴ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 мая 2010 г. № 11-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2010. № 5.

¹⁵ См.: Постановление Европейского Суда по правам человека от 25 июля 2002 г. по делу «Совтрансавто Холдинг» против Украины // Журнал российского права. 2003. № 9. С. 133–156.

¹⁶ См.: *Bainbridge S.* Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance // Northwestern University Law Review. 2003. Vol. 97. P. 547–606.

контроля со стороны акционера. Другими словами, руководство компании, обладая широчайшими управленческими полномочиями и свободой выбора экономической стратегии, самостоятельно определяет управленческую политику при достижении роста благосостояния акционеров.

Тем не менее, в настоящей работе акцент будет смещен в пользу концепции управления со стороны акционеров, права собственников на влияние на корпоративное руководство и политику. Как отмечает Л. Бебчук¹⁷, акционеры должны обладать способностью требовать от менеджмента результата работы, который соответствует предпочтениям собственников.

Представленная работа разбивается на две части. В первой части рассмотрен генезис (зарождение и становление) модели управления приоритета со стороны акционеров. Во второй части автор пытается рассмотреть и оценить модель приоритета применительно к российским реалиям корпоративного управления.

Генезис модели (концепции) управления компанией с приоритетом со стороны акционеров

Впервые особенности господства управления компанией со стороны акционеров были рассмотрены Д. Фишелем¹⁸. В его работе акцент смещен в сторону финансовых интересов собственника. Фишель учел предполагаемые агентские отношения для того, чтобы вменить фидуциарные обязанности менеджменту относительно максимизации благосостояния акционера. Он отмечает, что, в отличие от владельца бизнеса, который управляет компанией непосредственно, руководители крупных публичных корпораций не получают полного преимущества (удовлетворения) от своей трудной работы. Данное неизбежное расхождение между экономическими интересами менеджеров и акционеров влечет за собой затраты со стороны собственников при реализации контроля (мониторинга) за действиями руководства¹⁹. Фишель подчеркивает важность стимулирования менеджмента (в частности, через фондовые опционы), чтобы последний следовал цели — максимизации благосостояния акционеров²⁰, поскольку надлежащее стимулирование руководства компании выравнивает экономические интересы менеджмента и акционеров.

Д. Фишель сформулировал агентскую идею, опираясь на работу М. Дженсена и У. Меклинга²¹. В свою очередь, М. Дженсен и У. Меклинг рассматривали отношения между принципалом и агентом не как правовые, а как экономические. Они определяют агентскую концепцию как связь собственников–принципалаов, которые нанимают на работу агента–руководителя, чтобы он выполнял услуги от их имени, делегируя агенту некоторые полномочия в принятия решений²². Надо отметить, что их позиция соответствует позиции правоприменителя, который заключает, что между компанией и

¹⁷ См.: *Bebchuk L.* The Case for Shareholder Access to the Ballot // *The Business Lawyer*. 2003. Vol. 59. P. 43–66.

¹⁸ См.: *Fischel D.* Efficient Capital Market Theory, the Market for Corporate Control, and the Regulation of Cash Tender Offers // *Texas Law Review*. 1978. Vol. 57. P. 8.

¹⁹ См.: *Ibid.* P. 8.

²⁰ См.: *Ibid.* P. 9.

²¹ См.: *Jensen M., Meckling W.* Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure // *Journal of Financial Economics*. 1976. Vol. 3. P. 305–360.

²² См.: *Ibid.*

советом директоров *отсутствуют трудовые и гражданско-правовые правоотношения*, поскольку член совета директоров оказывает услугу не обществу как хозяйствующему субъекту, а его акционерам, интересы которых он представляет²³.

Итак, особенностью концепции управления компанией с приоритетом со стороны акционеров является система взаимоотношений между собственниками–принципалами и менеджментом–агентом. Данная позиция означает, что работа менеджмента состоит в том, чтобы действовать в интересах акционеров, используя свои управленческие полномочия. Как отмечает Д. Миллон²⁴, основной обязанностью менеджмента–агента является максимизация благосостояния собственников относительно их инвестиций в корпорацию. Данная позиция Миллона корреспондирует с правовой позицией Верховного Суда штата Мичиган²⁵. В частности, в деле «Dodge v. Ford Motor Co.» Суд отмечает, что целью создания и организации деятельности корпорации являются создание и максимизация благосостояния для ее акционеров. Дискреция менеджмента состоит в том, чтобы следовать на добросовестной и справедливой основе данной цели, в том числе в долгосрочной перспективе.

Акционерам необходимо учитывать риски, связанные с управлением компанией со стороны менеджмента. Данные риски связаны с тем, что агент не будет полностью посвящать себя интересам принципала. Более того, менеджмент–агент будет использовать свои полномочия, чтобы получить личную выгоду от управления корпоративными активами. Другими словами, принципал заработает меньше, чем он мог бы, если бы его агент работал добросовестно и ответственно. В связи с такой ситуацией собственники должны контролировать сделки, совершаемые со стороны менеджмента.

Ярким подтверждением агентских отношений и приоритет позиции акционера является правовая позиция Верховного Суда Российской Федерации, который отметил, что недопустимы нарушения, связанные с воспрепятствованием акционерам в реализации их права на участие в принятии решений, связанных с управлением обществом. При этом данное право принадлежит всем акционерам общества независимо от того, каким количеством акций они владеют. Более того, в данном решении Верховный Суд России определяет необходимость разделения права собственника на денежные потоки и его контрольные права над менеджментом²⁶.

Тем самым, собственник–принципал, наделая фидуциарными обязанностями менеджмент как агента, должен предполагать, что он будет принимать и рискованные решения, которые в перспективе могут оказаться как экономически успешными, так и наоборот. То есть менеджмент может совершить сделку в личных интересах (выход за пределы управленческих полномочий), которая может повлечь выбытие активов (сокращение стоимости имущества), нарушая тем самым инвестиционные интересы акционеров²⁷.

²³ См.: Постановление ФАС Московского округа от 24 марта 2006 г., 13 марта 2006 г. № КА-А40/1553-06 по делу № А40-33187/05-121-287 // СПС КонсультантПлюс.

²⁴ См.: *Millon D. Radical Shareholder Primacy* // University of St. Thomas Law Journal. 2014. Vol. 10. P. 1023.

²⁵ См.: *Dodge v. Ford Motor Co.* (170 N.W. 668 (Mich., 1986)) // URL: www.law.illinois.edu/aviram/Dodge.pdf (дата обращения: 27.02. 2015.)

²⁶ См.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29 декабря 2014 г. по делу № 308-ЭС14-1226, А25-304/2013 // СПС КонсультантПлюс.

²⁷ См.: Постановление Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 06 марта 2012 г. № 12505/11 // Вестник ВАС РФ. 2012. № 6; Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20 марта 2013 г. № ВАС-2813/13 по делу № А56-60825/2009 // СПС КонсультантПлюс.

Таким образом, национальное корпоративное законодательство должно отводить превалирующую роль собственникам компании с точки зрения их контроля и усмотрения в отношении менеджмента. Более того, как отмечает Л. Бебчук²⁸, необходимо инициировать на законодательном уровне предоставление больших полномочий собственникам компании относительно инициирования структурных изменений в отношении равновесия сил между акционерами и менеджментом.

Однако чтобы требовать от менеджмента идеального выполнения трудовых обязанностей, акционеры должны обеспечить руководство надлежащими стимулами, благодаря которым последний действовал бы на благо акционеров. Порой необходимо учитывать и недобросовестность самих акционеров — в частности, получение каких-либо привилегий в компании со стороны мажоритарного собственника в связи с его доминирующим положением. В таких случаях правоприменитель отмечает, что все акционеры должны действовать слаженно, соблюдая правила корпоративной этики, осуществляя свою деятельность на доверии. Создание ситуации, при которой возникают внутрикорпоративные конфликты, когда одни акционеры необоснованно получают приоритет, является недопустимым. Необходимо решать все конфликты на основе демократических процедур, с помощью которых происходит согласование интересов между контролирующими (крупными) акционерами и мелкими акционерами²⁹.

Итак, в основе теории управления приоритета со стороны акционера лежит агентская идея, которая позволяет четко разграничить участников по их статусу (принципал и агент), экономическим интересам, полномочиям. Агентская составляющая подразумевает вменение (наделение) менеджмента фидуциарными обязанностями. В случае нарушения экономических интересов акционеров (вывод активов, занижение их стоимости, превышение полномочий) со стороны менеджмента необходимо активно реагировать на них, используя механизмы контроля (мониторинга), инициирования судебных тяжб, обращения в квазисудебные органы с целью восстановления нарушенных прав и законных интересов.

Модель приоритета управление компанией со стороны акционеров в российских реалиях

В современных российских реалиях корпоративного управления Конституционный Суд России отводит особую роль акционерам. В частности, отмечается, что в структуре органов управления акционерным обществом совет директоров осуществляет общее руководство компанией. Данный орган определяет приоритетные направления деятельности, вопросы, связанные с проведением общего собрания акционеров, образует исполнительный орган общества, в том числе контролирует деятельность исполнительного органа в интересах акционеров³⁰. Другими словами, совет директоров, исполнительный орган (менеджмент) являются агентом акционеров — принципала. Действия агента должны быть направлены на продвижение экономических интересов принципала (в том числе, максимизации благосостояния собственников и достижению корпоративного блага). Совет директоров и исполнительный орган в силу корпоративного

²⁸ См.: *Bebchuk L. The Case for Increasing Shareholder Power // Harvard Law Review. 2005. Vol. 118. P. 833.*

²⁹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2004 г. № 3-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 2; Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29 июля 2013 г. № 15АП-9813/2013 по делу № А53-3054/2013 // СПС КонсультантПлюс.

³⁰ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 18 января 2011 г. № 8-О-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2011. № 6.

права являются органами акционерного общества и не имеют отдельного местонахождения³¹, и, следовательно, их действия должны быть направлены на наиболее эффективное использование активов в интересах акционеров³².

Позиция российского правоприменителя корреспондирует с правовой позицией Верховного суда штата Делавэр. В частности, в деле «Ebay Domestic Holdings, Inc. v. Craig Newmark»³³ Суд отмечает, что целью менеджмента, который наделен фидуциарными обязанностями, является капитализация стоимости компании в интересах ее акционеров. Более того, в деле «Katz v. Oak Industries Inc.»³⁴ суд заключает, что обязательство менеджмента состоит в том, чтобы в рамках действующего законодательства максимизировать экономические интересы акционеров в долгосрочной перспективе.

Как напоминают Д. Армур и Д. Гордон³⁵, максимизация благосостояния акционера зависит от биржевой стоимости акции. Менеджмент компании должен искать пути повышения цены акции (акционерной стоимости). Другими словами, акционерная стоимость является ответом на агентскую проблему между менеджерами и собственниками. Данную точку зрения разделяют также Г. Хансманн и Р. Краакман³⁶, отмечая, что обязанность (ответственность) менеджмента состоит в достижении максимизации благосостояния акционера и, что проблема агентских затрат, является центральной проблемой для корпоративного права. Аналогичной позиции придерживается российский правоприменитель, заключая, что акционерная стоимость (чистые активы) зависит от цены акций и соответственно влияет на благосостояние акционеров³⁷.

Таким образом, модель приоритета со стороны акционеров имеет право на жизнь в российских реалиях. При этом необходимо снова отметить, что акционерное общество зарегистрировано и действует прежде всего в интересах акционеров. Полномочия менеджмента состоят в том, чтобы продвигать интересы собственников (максимизация благосостояния акционеров и достижение критерия корпоративного блага). В свою очередь, дискреция директоров должна быть направлена на выбор средств достижения благосостояния акционеров (критерия корпоративного блага), а не в личных интересах руководства. Внутри компании необходимо также учитывать экономические интересы мелких акционеров. Недопустимы ситуации, в которых мажоритарный собственник использует активы компании в личных интересах (выводит из компании имущество, причем по многократно заниженной стоимости, в аффилированные компании)³⁸, или в

³¹ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 05 февраля 2014 г. № 09АП-44672/2013 по делу № А40-120420/13 // СПС КонсультантПлюс.

³² См.: Постановление ФАС Поволжского округа от 15 марта 2010 г. № А65-785/2009 // СПС КонсультантПлюс; Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 27 августа 2009 г. № А74-1889/2008-03АП-3889/2008-03АП-21/2009 по делу № А74-1889/2008 // СПС КонсультантПлюс.

³³ См.: «Ebay Domestic Holdings, Inc. v. Craig Newmark» (16 A.3d 1 (2010)) // URL: <http://caselaw.findlaw.com/de-supreme-court/1558886.html> (дата обращения: 27.01.2015 г.)

³⁴ См.: Katz v. Oak Industries Inc. (508 A.2d 873 (Del. 1986)) // URL: www.law.illinois.edu/aviram/Katz.pdf (дата обращения: 27.01.2015 г.)

³⁵ См.: Armour J., Gordon J. Systemic Harms and Shareholder Value // Journal of Legal Analysis. 2014. Vol. 6. P. 35–36.

³⁶ См.: Hansmann H., Kraakman R. The End of History for Corporate Law // Working Paper. Harvard Law School Cambridge. 2000. P. 11.

³⁷ См.: Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 15 апреля 2014 г. по делу № А58-872/2013 // СПС КонсультантПлюс.

³⁸ См.: Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01 марта 2013 г. № ВАС-1501/13 по делу А46-15554/2011 // СПС КонсультантПлюс.

сговоре с органами управления (советом директоров) ставит себя в привилегированное положение по отношению к другим акционерам³⁹. Модель приоритета со стороны акционеров должна служить интересам миноритарных собственников и не допускать ситуаций, в которых контролирующий акционер осознанно и целенаправленно препятствует реализации прав мелким акционером на управление обществом.

Подводя промежуточные итоги, необходимо отметить, что модель управления компанией со стороны акционеров основывается на агентской теории. В свою очередь, основной причиной агентских конфликтов между менеджментом и акционерами является акционерная стоимость, которая, в конечном итоге, влияет на благосостояние собственников. Собственник может использовать механизмы контроля и влияния на политику руководства с целью максимизации благосостояния. Однако акционерам необходимо учитывать, что для достижения корпоративного блага менеджмент необходимо стимулировать (опционы, бонусы), чтобы выровнять экономические интересы двух сторон.

Заключение

Следует подчеркнуть, что действующая судебная практика определила (сформировала) контуры модели управления компанией со стороны акционеров. В частности, были сформулированы отношения между менеджментом и акционерами как агентские, определена цель руководства с наделением его фидуциарными обязанностями должной заботливости, разумности и лояльности, сформулирована роль менеджмента — проведение политики в интересах акционеров (максимизация благосостояния собственников). Кроме того, правоприменитель отметил, что своего рода агентские отношения действуют между мажоритарным и миноритарным собственниками с целью недопущения нарушения экономических интересов мелких акционеров. Агентский конфликт разрешим, когда происходит четкое разделение права собственника на денежные потоки (экономические интересы) и контрольные права над менеджментом⁴⁰. Таким образом, можно говорить о практической реализации модели приоритета со стороны акционеров в российских корпоративных реалиях.



Библиография

Луценко С.И. Теории приоритета управления компанией: баланс интересов участников // Финансовый менеджмент. 2011. № 6. С. 45–51.

Armour J., Gordon J. Systemic Harms and Shareholder Value // Journal of Legal Analysis. 2014. Vol. 6. P. 35–85.

Bainbridge S. Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance // Northwestern University Law Review. 2003. Vol. 97. P. 547–606.

Bebchuk L. The Case for Shareholder Access to the Ballot // Business Lawyer. 2003. Vol. 59. P. 43–66.

Bebchuk L. The Case for Increasing Shareholder Power // Harvard Law Review. 2005. Vol. 118. P. 833–914.

Berle A., Means G. The Modern Corporation and Private Property. New York: MacMillan, 1932. 414 p.

Fischel D. Efficient Capital Market Theory, the Market for Corporate Control, and the Regulation of Cash Tender Offers // Texas Law Review. 1978. Vol. 57. P. 1–46.

³⁹ См.: Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 25 ноября 2014 г. № 07АП-10253/2014 по делу № А45-17358/2014 // СПС КонсультантПлюс.

⁴⁰ См.: Berle A., Means G. The Modern Corporation and Private Property. New York, 1932. P. 69.

Hansmann H., Kraakman R. The End of History for Corporate Law // Working Paper. Harvard Law School. Cambridge, 2000. P. 1–34.

Jensen M., Meckling W. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure // Journal of Financial Economics. 1976. Vol. 3. P. 305–360.

Johnson L., Millon D. Misreading the Williams Act // Michigan Law Review. 1989. Vol. 87. P. 1862–1923.

Johnson L., Millon D. The Case Beyond Time // Business Lawyer. 1990. Vol. 45. P. 2105–2125.

Johnson L., Millon D. Corporate Takeovers and Corporate Law: Who's in Control? // The George Washington Law Review. 1993. Vol. 61. P. 1177–1211.

Millon D. State Takeover Laws: A Rebirth of Corporation Law? // Washington and Lee Law Review. 1988. Vol. 45. P. 903–934.

Millon D. Radical Shareholder Primacy // University of St. Thomas Law Journal. 2014. Vol. 10. P. 1013–1044.

Stout L. New Thinking on «Shareholder Primacy» // Working Paper. UCLA School of Law. 2011. P. 1–28.

Corporate Governance with Shareholder Primacy: Right for Life in the Russian Realities



Sergei I. Lutsenko

Leading expert, Control Department, Administration of the President of the Russian Federation. Address: 8/5 Staraya Square, Moscow 103132, Russian Federation. E-mail: scorp_ante@rambler.ru



Abstract

The paper considers and examines the model of corporate governance with shareholder primacy. The aim of the paper is to study the concept of management by the company with shareholder primacy and analyze from this point of view the possibility to use it Russia's corporate environment. The model of shareholder primacy aims to prevent as to the management the breach of obligations, fairness and loyalty (infringement of the fiduciary duties) and damage to economic interests of shareholders and the company. The considered model of management gives to shareholders a possibility to influence upon company management. A feature of the model of corporate governance with shareholder primacy is availability of agency relations between the principal, who is the shareholder, and its agent, management. The paper considers some features of relations between shareholders. The model of corporate governance with shareholder primacy allows not only to impose fiduciary duties on management, but to watch that the latter follows the basic criterion — to the best interests of the corporation. Corporate management being the agent of shareholders — is obliged to maximize return of investments of shareholders including in long-term prospect. Increasingly, the company management does not act fair, violating fiduciary duties. Management aspires to receive personal benefit using various mechanisms. The shareholder can use certain mechanisms of the control of actions of managers for the purpose of firm value maximization and carrying out a corporate policy in the interests of shareholders. However, shareholders should consider that to achieve the tasks, it is necessary to incite management. The presented work is interdisciplinary as is connected not only with corporate law, but with corporate governance which is a component of a science of the corporate finance. At last, the presented model of corporate governance with shareholder primacy allows its participants (shareholders, management) to determine the form to co-operate (to resolve conflicts of interests), to achieve firm value maximization in the long-term prospect.



Keywords

model of corporate governance, management, shareholder, the best interests of corporation, agency theory, shareholder wealth, shareholder primacy.

Citation: Lutsenko S.I. (2015) Corporate Governance with Shareholder Primacy: Right for Life in the Russian Realities. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 209–219 (in Russian)



References

- Armour J., Gordon J. (2014) Systemic Harms and Shareholder Value. *The Journal of Legal Analysis*, vol. 6, p. 35–85.
- Bainbridge S. (2003) Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance. *Northwestern University Law Review*, vol. 97, p. 547–606 .
- Bebchuk L. (2003) The Case for Shareholder Access to the Ballot. *The Business Lawyer*, vol. 59, p. 43–66.
- Bebchuk L. (2005) The Case for Increasing Shareholder Power. *Harvard Law Review*, vol. 118, p. 833–914.
- Berle A., Means G. (1932) *The Modern Corporation and Private Property*. New York: MacMillan, p. 414.
- Fischel D. (1978) Efficient Capital Market Theory, the Market for Corporate Control, and the Regulation of Cash Tender Offers. *Texas Law Review*, vol. 57, p. 1–46.
- Hansmann H., Kraakman R. (2000) The End of History for Corporate Law. Working Paper. Harvard Law School. Cambridge, p. 1–34.
- Jensen M., Meckling W. (1976) Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, vol. 3, p. 305–360.
- Johnson L., Millon D. (1989) Misreading the Williams Act. *Michigan Law Review*, vol. 87, p. 1862–1923.
- Johnson L., Millon D. (1990) The Case Beyond Time. *The Business Lawyer*, vol. 45, p. 2105–2125.
- Johnson L., Millon D. (1993) Corporate Takeovers and Corporate Law: Who's in Control? *The George Washington Law Review*, vol. 61, p. 1177–1211.
- Lutsenko S.I. (2011) Teorii prioriteta upravleniia kompaniei: balans interesov uchastnikov [Theories of Priorities in Managing a Company: Balance of Interests]. *Finansovyi menedzhment*, no 6, p. 15–20 (in Russian)
- Millon D. (1988) State Takeover Laws: A Rebirth of Corporation Law? *Washington and Lee Law Review*, vol. 45, p. 903–934.
- Millon D. (2014) Radical Shareholder Primacy. *University of St. Thomas Law Journal*, vol. 10, p. 1013–1044.
- Stout L. (2011) New Thinking on «Shareholder Primacy». Working Paper. UCLA School of Law, p. 1–28.

Весь мир — в одной книге



Е.Б.Ганюшкина

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



Аннотация

Рецензия на кн.: Словарь международного права / отв. ред. д. ю. н. С.А. Егоров. 3-е изд. М.: Статут, 2014. 495 с.



Ключевые слова

международное право, институты, организации, статус, конвенции, государства

Библиографическое описание: Ганюшкина Е.Б. Весь мир — в одной книге // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 220–223.

Рецензируемый словарь — это наиболее авторитетное издание¹, к составлению которого привлечен большой круг известных юристов-международников. Третье издание словаря международного права посвящено памяти Бориса Михайловича Клименко, который был ответственным редактором словаря, выходявшего в 1982 и 1986 г.

Сравнение текстов трех изданий словаря международного права, который начал издаваться еще в советское время, демонстрирует, как с течением времени менялась система международного права и взгляды отечественных ученых на ее основные институты. Со времени первого издания словаря международного права в 1982 г. объем статей в 2014 г. увеличился вдвое. Последняя версия содержит сведения о большом количестве международных институций с указанием членства, которые появились после 1986 г. и не могли быть отображены во втором издании. Ушли в прошлое принцип социалистического интернационализма и международные структуры социалистических стран, вошли в современный обиход институты Евразийского экономического сообщества, Таможенного союза, Содружества Независимых государств, Шанхайской организации сотрудничества, Организации Договора о коллективной безопасности. В нынешнее — третье издание — включены не только важнейшие публично-правовые понятия, принципы, нормы, институты и концепции, но и некоторые элементы, присущие международному частному праву, а также все, что связано с Европейским Союзом и Европейскими Сообществами. Словарь 2014 г. отражает современный статус наиболее важных многосторонних договоров.

Наиболее полно и удачно отображены сложные проблемы права международных договоров, права международной безопасности и международного гуманитарного права (права вооруженных конфликтов). Нестандартным образом определена «безопасность

¹ Для сравнения см.: Додонов В.Н., Панов В.П., Румянцев О.Г. Международное право. Словарь-справочник / под ред. В.Н. Трофимова. М.: ИНФРА-М, 1997. 368 с.

всеобщая» (с.27). Формулировки этой статьи не содержат упоминания о всеобщей, равной и одинаковой безопасности, но в полной мере раскрывают суть этих принципов.

Сведения о Семипалатинском договоре 2006 г. о зоне, свободной от ядерного оружия в Центральной Азии, Консульском уставе РФ 2010 г., о понимании киберпреступности, ответственности за защиту, о принципе устойчивого развития и Конференции РИО+20 2012 г. входят далеко не во все учебники международного права. Надеюсь, что благодаря словарю в работах студентов станет меньше устаревших примеров.

Статьи, посвященные такому межотраслевому институту, как международная ответственность, отражают новейшие достижения Комиссии международного права ООН по его разработке. Помимо прочего, в новой версии словаря мы не найдем отдельной статьи о «принудительных мерах», эта тематика включена в статьи «репрессалии», «реторсия», «самопомощь», «санкции международные».

Появление новой статьи «охрана водных ресурсов международно-правовая» (с. 299–301) обусловлено заключением в последние 50 лет 150 договоров по водным ресурсам. В ее тексте, помимо прочего, упомянуты такие редко цитируемые документы, как Лондонский протокол 1999 г. к Конвенции об охране и использовании трансграничных водотоков и международных озер 1992 г. (Хельсинкская конвенция) и разрабатываемый КМП ООН Проект статей по праву трансграничных водоносных горизонтов. Не менее примечательна статья о международно-правовых аспектах охраны живой природы и биологического разнообразия, центральную часть которой занимает анализ Конвенции ООН по биологическому разнообразию 1992 г. и Картахенский 2000 г. протокол по биобезопасности к названной Конвенции 1992 г.

Под статьями, помещенными в словарь международного права, нет инициалов составителей, приложен только общий список авторов, поэтому точно неизвестно, кто из них какую часть словаря написал. Это в некоторой степени облегчает задачу рецензента, замеченные недочеты адресуются книге в целом и сформулированы исключительно с целью повлиять на улучшение качества следующего издания.

Определение, данное составителями термину «анклав» как части территории государства (с. 13), не вполне согласуется с отнесением к этой категории государства Лесото. На современной политической карте анклавов почти не осталось. Приведенному определению, на мой взгляд, больше соответствуют испанские анклавы в Северной Африке — Сеута и Мелилья, права на которые оспаривает Марокко.

В статье о внутренних морских водах к их составу без каких-либо оговорок отнесены все моря Северного Ледовитого океана (с. 37). Было бы неплохо добиться признания статуса исторических вод за всеми морями заливного типа вдоль всего российского Арктического побережья. В действительности исходные линии Российской Федерацией установлены иначе. Многие государства не признают наши арктические моря историческими водами. Нет единства мнений и среди представителей отечественной доктрины, дискуссионными в этом плане являются, например, Баренцево и Чукотское моря.

Нельзя согласиться с определением интеграционного объединения только как экономической интеграции (с. 125). Интеграция может осуществляться в политических и военно-политических целях.

Больше всего не повезло статьям, связанным с международными межправительственными организациями. Так, количество реально существующих специализированных учреждений не совпадает со списком, приведенным в статье «специализированные учреждения Организации Объединенных Наций». В приведенном перечне пропущена Всемирная организация здравоохранения, хотя в отдельной статье, посвященной ВОЗ,

ее статус специализированного учреждения отражен. Забыли упомянуть организацию, которая стала последним по времени получения этого особого статуса — Всемирную туристическую организацию. Кроме того, не соответствуют действительности сведения относительно участия России в ряде специализированных учреждений. Так, в Международном фонде сельскохозяйственного развития (ИФАД) членство России оформлено 19 февраля 2014 г.² (этот факт не мог, видимо, быть отражен в словаре, подписанном в печать 10 февраля 2014 г.). Решения о вступлении России в Международный валютный фонд, Международный банк реконструкции и развития и Международную ассоциацию развития были приняты одновременно³ и реализованы 19 июня 1992 г.; в Международной финансовой корпорации⁴ Россия участвует с 12 апреля 1993 г.

Удивляет также тот факт, что система взвешенного голосования раскрыта только применительно к принятию решений в Совете Европейского союза и о ней ничего не сказано в статьях о работе международных финансовых организаций.

Ухудшилось по сравнению со вторым изданием словаря содержание статьи о Международной морской организации. Межправительственная морская консультативная организация (ИМКО) не является предшественницей Международной морской организации, это одна и та же организация, сменившая 22 мая 1982 г. наименование. Кроме того, в работе этой организации большую роль играют Комитет безопасности на море, Юридический комитет, Комитет защиты морской среды, Комитет технического сотрудничества и Комитет по упрощению формальностей. Помимо прочего, в рамках этих органов могут приниматься поправки к ряду международных морских конвенций.

Было бы желательным также отразить в словаре, что современное сотрудничество государств в рамках Международного союза электросвязи регламентируется Уставом 1992 г. В статье «международные организации межправительственные» приведен пример региональной организации с устаревшим названием — Организация африканского единства, а не современное наименование этой региональной структуры — Африканский союз. При этом в словаре есть отдельная статья об Африканском союзе.

Геостационарная орбита неудачно сравнена с пучком околоземных орбит искусственных спутников Земли. Как именно в космическом пространстве образуются геостационарные орбиты, достоверно не установлено, но уж точно не благодаря искусственным спутникам Земли, поскольку ГСО существовали задолго до выхода человечества в космос. Экваториальные страны Колумбия, Конго, Эквадор, Индонезия, Кения, Уганда, Заир утверждают, что геостационарная орбита на высоте 36 тыс. км над уровнем моря образовалась вследствие колебаний земной поверхности их суверенных территорий. Спутниковые комплексы нигде пучком располагаться не могут. Спутники должны располагаться на некотором технически обусловленном расстоянии, чтобы не чинить помех работе друг друга. Дважды (с. 164 и 186) абсолютно верно упомянуто Соглашение о спасании космонавтов и возвращении объектов, запущенных в космическое пространство 1968 г., при этом на с. 142 в названии договора вдруг появляется слово «спасении». В связи с этим хотелось бы подчеркнуть, что в одном из пяти универсальных договоров по космосу речь идет о регламентации процесса *спасания* космонавтов или космических аппаратов, а не о результате действий государств в каком-либо случае.

² <http://www.ifad.org> (дата обращения: 21.09.2015)

³ См.: Постановление Верховного Совета Российской Федерации от 22 мая 1992 г. № 2815-1 «О вступлении в Международный валютный фонд, Международный банк реконструкции и развития и Международную ассоциацию развития» (с изменениями на 03.11.2010 г.) // <http://www.worldbank.org> (дата обращения: 21.09.2015)

⁴ <http://www.ifc.org> (дата обращения: 21.09.2015)

Неизменный интерес к словарю международного права, скорее всего, приведет к тому, что в скором времени выйдет в свет новое издание книги. Остается желать, чтобы новое издание не давало ни малейшего повода для замечаний.

Whole World within One Book



Elena B. Ganushkina

Associate Professor, Department of International Private and Public Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000 Russian Federation. E-mail: ganushel@mail.ru



Abstract

Review of the book: *The Dictionary of International Law*. Moscow: Statute, 2014. 495 p.



Keywords

international law, institutions, organizations, status, conventions, states.

Citation: Ganushkina E.B. (2015) *Whole World within One Book*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 220–223 (in Russian)

Взгляд конституционалиста на проблему правосознания



Е.А. Лукьянова

профессор кафедры конституционного и административного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», директор Института мониторинга эффективности правоприменения Общественной палаты России, доктор юридических наук. Адрес: 101000 Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: pravoslovo@mail.ru



Аннотация

Рецензия на кн.: Сатаров Г.А., Благовещенский Ю.Н., Римский В.Л. Социологический анализ правосознания судей, населения и предпринимателей (М.: ИНДЕМ — Фонд «Либеральная миссия», 2015, 137 с.)



Ключевые слова

закон, рейтинг, судьи, конституционность, граждане, права, свободы

Библиографическое описание: Лукьянова Е.А. Взгляд конституционалиста на проблему правосознания // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 224–228.

Общая характеристика исследования

Правосознание — сложная область. Рискнуть провести его исследование — задача крайне непростая. Это не «экзит-пол» на выборах посчитать или рейтинги звезд эстрады. У правосознания сложнейшая структура и чрезвычайно разнообразный носитель, поэтому сама по себе смелость исследования заслуживает безусловного уважения. Но задача авторами была поставлена еще более амбициозная, нежели замер отдельных параметров правосознания, — авторы «замахнулись» на динамику явления. Эта попытка увенчалась успехом, потому что они не боялись эксперимента, потому что провели его на стыке двух наук и не халтурили, как это часто бывает в последнее время в различных околосударственных социологических институтах.

К сожалению, в ходе исследования авторы увлеклись чистыми социологическими изысканиями и позабыли о своих главных потребителях — юристах. Для «несоциологов» книга сложна; неспециалистам трудно разобраться с таблицами и их описанием. Однако несмотря на сложность восприятия, *настоящее* исследование тем и отличается от ненастоящего, что заставляет думать и рождает дискуссию. Позволю себе поделиться мыслями, к которым оно меня подтолкнуло.

О переходном состоянии правосознания, позитивизме и естественном праве

Поскольку менее года назад я в научных целях пыталась оперировать похожими категориями¹, то для меня наиболее важными были следующие основные выводы исследования:

- структуры правосознания судей, населения и предпринимателей находятся в переходном состоянии;
- правосознание предпринимателей находится в активной фазе реконструкции структуры по сравнению с двумя другими группами;
- особая интенсивность процесса переструктурирования правосознания зафиксирована у двух исследуемых групп — у населения и у предпринимателей.

Главное и очень важное — авторами был найден идеальный подход к измерению изменений отечественного правосознания. На мой взгляд, самый точный, поскольку он исключил много лишнего и выявил суть происходящего — как происходит заложенный Конституцией РФ переход от традиционного позитивистского восприятия правовых явлений к его современной естественно-позитивистской европейской модели. Вывод меня убедил — в нашей стране налицо явные признаки правового сознания, уходящего от стереотипов советского позитивизма. И это при том, что «в естественных структурах правосознания судей и граждан не сформированы понятия о противополжности естественного права и позитивистского права. Все три социальные группы сходны в своих общих представлениях о базовых правовых категориях, задающих пространство выбора между позитивистским подходом к праву (в его советской реализации) и концепцией естественного права, причем есть веские основания полагать, что во всех трех группах, включая судей, эти представления формируются стихийно» (стр. 6). То есть, несмотря на то, что лишь очень немногие владеют теорией вопроса, естественно-правовой подход самовнедряется в сознание населения. Это естественно, закономерно и подтверждает его правоту.

Еще одно любопытное наблюдение: авторы исследования утверждают, что естественная структура правосознания судей дальше других продвинулась в процессе переструктурирования. Но при этом ответы судейского корпуса свидетельствуют об отчетливом когнитивном диссонансе в их правовых представлениях. Авторы «научно-вежливо» предполагают, что судьи либо слабо различают две противоположные по своей сути концепции права, либо не используют такое различие в своих суждениях о правовых вопросах (стр. 60). Честно говоря, внимательно изучив их ответы, приходишь к выводу, что судьи не представляют различий вовсе. Потому что вряд ли можно составить единое представление о правовых процессах, если ты на 58% считаешь, что права и свободы гражданам предоставляет государство, и при этом столь же категорично (на 70%) поддерживаешь противоположное по содержанию утверждение о том, что «каждый человек обладает от рождения неотъемлемыми естественными правами, которые он поручает охранять и защищать государству». Это, как говорят, та самая «помесь Тобика с Бобиком», от которой (учитывая все же 70%) можно «плясать» с надеждой на улучшение породы.

Судей, конечно, жалко. Тяжко жить с когнитивным диссонансом. Но вот то, что большинство непрофессиональных граждан (58,8%) уже считает, что каждый человек обладает от рождения неотъемлемыми естественными правами, которые он поручает охранять и защищать государству — это огромный прогресс. Получается, что только

¹ См.: Лукьянова Е.А. К вопросу о верховенстве права и о российской внешней политике // Труды по россиеведению: Сб. науч. тр. / ИНИОН РАН. Центр россиеведения. Вып. 5. М., 2014. С. 303–328.

41% живет по принципу «принято — извольте исполнять». Это неожиданно. Это очень хорошо. С этим можно и нужно работать. Понимание наличия процесса и перехода в целом уже было, но результаты делают прогноз и перспективу гораздо более оптимистичными.

О правовом самообразовании населения

В ходе исследования подтвердились мои эмпирические выводы о высокой вынужденной мотивированности правового самообразования граждан России. 81,9% граждан (не судей и не предпринимателей) ответили, что им полезно знать законы, чтобы уметь использовать их (читай — защищаться). В этом контексте опирающееся на факты, а не на цифры положение, что «в условиях негативного правотворчества, правоприменения и правосудия произошло качественное позитивное изменение правосознания населения»², нашло абсолютное подтверждение.

Кстати, наводит на интересные мысли и результат, свидетельствующий о том, что у предпринимателей процент мотивированности к юридическому самообразованию на 6,5 пунктов ниже, чем у других граждан, и практически равен результату судей. Причем это вовсе не означает, что предприниматели менее квалифицированы в праве. Похоже, что предпринимательский корпус уже воспринимает эту формулу как саму собой разумеющуюся, поскольку он в большей степени адаптировался к российским правовым реалиям. И это хорошо. Дурная отечественная привычка надеяться на «дядю», жить без квалифицированного юридического обслуживания и не сверять свои действия с меняющимся законодательством, родившаяся в условиях скудности правового регулирования и минимального разнообразия правовых механизмов, должна уйти в прошлое.

О правовых и неправовых законах и о рейтинге конституционности

Совершенно приятной неожиданностью являются приведенные в исследовании данные о том, что только 30% исследуемой аудитории считает правовым любой закон и нормативный акт, исходящий от государства, а от 50 до 60% той же аудитории (из них 59% судей) считают, что закон, лишаящий граждан их конституционных прав, не является правовым. Это очень высокий показатель, особенно учитывая то, что само по себе деление законов на «правовые» и «неправовые» в отечественной юридической литературе практически не освещено. Количество написанных об этом исследований в России можно пересчитать по пальцам, а теория не получила пока серьезного распространения в массовой высшей юридической школе.

Исходя из этого, я бы скорректировала вывод авторов исследования о том, что «в наборе рейтингов (шкал), характеризующих нормативную структуру правосознания, рейтинг конституционности» во всех трех группах занимает предпоследнее место» (стр. 7). Не согласна. Скорее всего, неточно поставлен вопрос или недостаточно проанализированы данные в их взаимосвязи. Если 50–60% процентов аудитории считают неправовыми законы, лишаящие граждан их конституционных прав, и примерно столько же респондентов полагают, что граждане имеют право не соблюдать закон, когда им нарушаются основные (конституционные) права гражданина, то рейтинг конституционности, наоборот, велик. Тут проблема лишь в определении, что есть конституционность. Если определение позитивистское — строгое соответствие букве Конституции — это

² См.: Лукьянова Е.А. Общество и государство в России — диагностика состояния // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 4. С. 16–21; Лукьянова Е.А. Население и законы: новое в развитии коммуникативной культуры взаимоотношений государства и общества в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 180–193.

одно дело. Но, похоже, что респонденты исходили из естественно-правового, смыслового определения конституционности, которое, собственно, и является главным, заложенным в статье 18 Основного закона. Это государство у нас никак не может привыкнуть к тому, что не оно определяет, какими должны быть права и свободы граждан, что все как раз наоборот: права и свободы человека определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной властей, местного самоуправления. Именно оно-то и не понимает, а вот граждане, похоже, уже хорошо усвоили эту конституционную истину.

О правосознании судей как о катастрофе юридического образования в России

Одним из главных выводов исследования является следующее: «Отрадно, что в смысле некоторого идеала правосознания, заданного исследованием, ближе всего к нему располагаются судьи» (стр. 6). Неожиданно. Хорошо. Всегда приятно, когда твои плохие эмпирические прогнозы не оправдываются. Но начинаешь смотреть подробнее: во всех выборках конституционность правосознания (в том числе и у судей) по степени близости к эталону занимает предпоследнее место. Отношение судей к независимости судебной власти определяется, главным образом, не конституционно-правовыми соображениями, а корпоративной солидарностью — т.е. судьи не осознают своего конституционно-правового значения в системе разделения властей, в поддержании баланса ветвей власти и не понимают своей контрольной функции в ограничении деятельности государства, как залога его успешности и развития. С противоречащим Конституции утверждением, что «государство предоставляет и гарантирует своим гражданам права человека наряду с их обязанностями» полностью согласны 58% судей (значительно больше, нежели во всех остальных исследуемых группах). Помимо этого 8,2% (это очень много!) судей вполне согласны, что «решения Европейского суда по правам человека в пользу российских граждан унижают достоинство нашей страны» (стр. 31). Такую же степень согласия демонстрируют 31,9% судей в отношении утверждения, что «любой закон и нормативный акт, исходящий от государства, является правовым» (стр. 33).

Поэтому вывод авторов о том, что структуры правосознания судей и граждан очень близки, я бы транскрибировала совершенно иначе. Авторы считают, что это всего лишь свидетельствует об общей природе формирования основ правосознания в обеих социальных группах. Но если природа формирования такого правосознания общая, то чего тогда стоит профессиональное юридическое образование, результаты которого позволяют судейскому правосознанию оставаться «единоприродным» с правосознанием бытовым.

То есть если для граждан 58,8% положительно ответивших на вопрос о том, что «каждый человек обладает от рождения неотъемлемыми естественными правами, которые он поручает охранять и защищать государству» — это фантастически много, то 69% положительно ответивших на тот же вопрос судей — это чудовищно мало. Это означает, что *треть судей* (при всех условностях выборки) думает иначе. И такая ситуация, как минимум, тревожна, а на самом деле катастрофична. Поэтому нужно поднимать тревогу, бить в набат. Что и было сделано два с лишним года назад представителями научного юридического сообщества³. Впрочем, выводы авторов те же, только несколько менее панические: «То, что зафиксировано нашим исследованием однозначно указывает на

³ Правовая угроза. Заявление представителей юридического сообщества России. 22 июля 2013 года // <http://www.polit.ru/article/2013/07/22/letter/>

проблемы юридического образования... ни профессиональное юридическое образование, ни повседневная правовая практика никак не влияют на формирование основ правового мировоззрения» (стр. 119).

Constitutionalist Looks at Legal Mentality



Elena A. Lukyanova

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



Abstract

Review of a book by Satarov G.A., Blagoveshensky Yu.N., Rimsky V.L. A Sociological Analysis of Legal Mentality of the Judges, Public and Business. Moscow: Liberal Mission, 2015. 137 pp.



Keywords

law, rating, citizens, constitutionality, judges, rights, freedoms.

Citation: Lukyanova E.A. (2015) Constitutionalist Looks at Legal Mentality. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 224–228 (in Russian)

Содержание номеров журнала за 2015 г.

1/2015

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Е.А. Лукьянова

«Золотая середина» российского централизма, или еще раз об истоках федеративной природы России 4

П. де Варей-Соммьер, И.В. Гетьман-Павлова

Нарушение «сверхимперативных» норм как основание для отказа в признании и исполнении иностранных арбитражных решений (судебная практика Франции и России) 22

А.И. Савельев

Проблемы применения законодательства о персональных данных в эпоху «Больших данных» (Big Data) 43

О.Ю. Павловская

Материальная поддержка самозанятости безработных граждан: алгоритм и аспекты правоприменения 67

В.В. Бальжинимаева

Уголовно-правовые риски: репутация и имидж бизнеса 81

М.А. Саблина

Разграничение ролей исполнителя и пособника: закон и правоприменение 91

А.М. Зацепин

Изменение уголовного закона как предпосылка дополнительной квалификации преступлений 105

В.М. Ерохин

Критерии и показатели эффективности административно-правового регулирования алкогольного рынка 115

А.С. Шаталов

Правовой механизм международного сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства 126

Право в современном мире

A.E. Platsas

A Cosmopolitan Ethos for Our Future Lawyers 150

Reeta Sony A.L., Sri Krishna Deva Rao, Bhukya Devi Prasad, Sai Deep B.

Solving e-Governance Challenges in India through the Incremental Adoption to Cloud Services 169

C. Good

Responding the Internationalisation of Conflict: Rule of Law based Humanitarian Law Approaches as Pioneers of Legal Globalisation 183

Дискуссионный клуб 194

Рецензии 208

Правовая мысль: история и современность**Е.И. Алексеевская**

Новый кодекс гражданского судопроизводства: каким ему быть? 4

Е.Б. Ганюшкина

Свобода распространения информации в свете действующих норм международного права 17

В.С. Беззубцев

Соотношение государственного суверенитета и принципа уважения прав человека в контексте применения международно-правовых мер принуждения 37

А.В. Туликов

Обеспечение информационной безопасности как гарантия прав человека 50

Российское право: состояние, перспективы, комментарии**А.Я. Петров**

Понятие «охрана труда»: теоретико-правовой аспект 61

Н.В. Закалюжная

Дистанционная работа и схожие правоотношения 76

М.Р. Яхина

Специальная дисциплинарная ответственность: проблемы современного правового регулирования 92

Л.Л. Сюкияйнен

Требования к участникам закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд: законодательные новеллы 103

Судебная система и практика**В.Б. Евдокимов, Т.А. Тухватуллин**

О необходимости создания конституционных (уставных) судов в субъектах Российской Федерации 112

Д.М. Замышляев

Судебная специализация: проблемы понятийного аппарата 122

О.А. Vagin

Criminal Liability for Fraud in the Field of Entrepreneurial Activity within the Context of the Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation dated December 11, 2014 № 32-П 131

М.У. Yuzvak

Trends in the Supreme Court of Russia Case Practice of 2014 (Tax Disputes) 136

Право в современном мире**М.У. Antonov**

Some Remarks about Legal Systems Integrity 148

З.Ч. Чикеева

Факторный анализ реформирования законодательства Кыргызской Республики 166

Е.С. Батусова

Современные подходы к правовому регулированию срочных трудовых договоров в странах Европейского Союза: проблемы и пути решения 175

И.В. Гетьман-Павлова, Л.И. Каримова

Кодификация коллизионного регулирования внедоговорных обязательств в штате Орегон (США) 186

Дискуссионный клуб 202**Рецензии** 238

Правовая мысль: история и современность**Т.А. Полякова, Е.В. Акулова**

Развитие законодательства в области обеспечения информационной безопасности: тенденции и основные проблемы..... 4

К.П. Саврыга

Экстерриториальное применение международных договоров в сфере прав человека (на примере права на жизнь)..... 18

А.С. Помазан

Международно-правовое регулирование помощи развивающимся странам в системе международных экономических отношений..... 27

Российское право: состояние, перспективы, комментарии**М.В. Закошанский**

Эволюция виндикационного спора 42

А.Б. Панов

О длящихся административных правонарушениях..... 50

Д.В. Шибяев

Правовой режим врачебной тайны как информационно-правового объекта 66

М.Г. Шилина

Международно-правовое регулирование транспортно-логистического взаимодействия государств в рамках ШОС..... 78

Т.В. Семенов

Уголовно-правовые запреты в сфере корпоративных отношений: сравнительный анализ законодательства России и стран СНГ 88

А.С. Шаталов

Процессуальный механизм уголовного преследования специальных субъектов: современное состояние и перспективы оптимизации..... 100

Судебная система и практика**И.Р. Латыпова**

Конституционные основы финансирования судебной власти в Российской Федерации 119

Право в современном мире**С.Ю. Данилов**

Из опыта западного конституционализма: политико-правовые аспекты модернизации Конституции Канады..... 131

К.М. Бычкова

Очередность удовлетворения требований «предшествующих» кредиторов в рамках процедуры судебной ликвидации во Франции..... 145

И.И. Нагорная

Избыточная уголовная репрессия в США 157

А.К. Soboleva

Legal Terminology from the Rhetorical Perspective: Legal Genres Approach..... 168

R.T. Nurullaev

Right to Be Forgotten in the European Union and Russia: Comparison and Criticism 181

Научная жизнь 194**Рецензии**..... 225

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**E.A. Luk'yanova**

"Golden Mean" of the Russian Centralism, or Once Again on the Federal Nature of Russia 4

Pascal de Vareilles-Sommieres, I.V.Get'man-Pavlova

Violating Super-Imperative Norms as Grounds to Refuse the Recognition and Execution of Foreign Arbitration Decisions (Judicial Practice in France and Russia) 22

A.I. Savelyev

The Issues of Implementing Legislation on Personal Data in the Era of Big Data 43

O.Yu. Pavlovskaya

Material Support of Self-Employment for the Unemployed: Algorithm and Aspects of Law Enforcement 67

V.V. Bal'zhinimaeva

Criminal Law Risks: Reputation and Image of Business 81

M.A. Sablina

Differentiating a Crime Committer and Accomplice: Legislation and Law Enforcement 91

A.M. Zatsepin

Modifying a Criminal Law as a Prerequisite for Additional Classification of Crimes 105

V.M. Erokhin

Criteria and Performance Indicators in Administrative Alcohol Market Regulation 115

A.S. Shatalov

Legal Mechanism of International Cooperation in Criminal Proceedings 126

Law in the Modern World**A.E. Platsas**

A Cosmopolitan Ethos for Our Future Lawyers (in English) 150

Reeta Sony A.L., Sri Krishna Deva Rao, Bhukya Devi Prasad, Sai Deep B

Solving e-Governance Challenges in India through the Incremental Adoption to Cloud Services (in English) 169

C. Good

Responding the Internationalisation of Conflict: Rule of Law based Humanitarian Law Approaches as Pioneers of Legal Globalisation (in English) 183

Discussion Club

194

Book Review

208

Legal Thought: History and Modernity

E.I. Alexeevskaya

New Code of Civil Proceedings: Outlook 4

E.B. Ganyushkina

The Freedom of Disseminating Information in the Light of Applicable International Law..... 17

V.S. Bezzubtsev

Correlation between State Sovereignty and Protection of Human Rights
in the International Context of Applying Coercive Measures..... 37

A.V. Tulikov

Information Security as a Guarantee for Human Rights 50

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

A.Ya. Petrov

Labor Protection in Legal Theory 61

N.V. Zakaluzhnaya

Distant Work and Similar Relations 76

M.R. Yakhina

Special Disciplinary Liability: Problems of Modern Legal Regulation 92

L.L. Syukiyaynen

Requirements to the Participants of Public Procurements: Legal Amendments 103

Judicial System and Practice

V.B. Evdokimov, T. Tukhvatullin

On the Necessity to Establish Constitutional (Charter) Courts
in the Russian Federation Constituents 112

D.M. Zamyshlyayev

Judicial Specialization: Issues in Terminology 122

O.A. Vagin

Criminal Liability for Fraud in the Field of Entrepreneurial Activity within the Context
of the Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation
dated December 11, 2014 № 32-П (in English) 131

M.V. Yuzvak

Trends in the Supreme Court of Russia Case Practice of 2014 (Tax Disputes) (in English) 136

Law in the Modern World

M.V. Antonov

Some Remarks about Legal Systems Integrity (in English)..... 148

Z.Ch. Chikeeva

Factor Analysis of Reforming the Legislation of the Kyrgyz Republic 166

E.S. Batusova

Modern Approach to Legal Regulation of Fixed Term Contracts in European Union:
Problems and Solutions..... 175

I.V. Get'man-Pavlova, L.I. Karimova

Codifying Conflict of Law Regulation of Extracontractual Obligations in Oregon, USA 186

Discussion Club 202

Book Review 238

Legal Thought: History and Modernity**T.A. Polyakova, E.V. Akulova**The Development of Legislation in the Field of Information Security:
Trends and Key Issues..... 4**K.P. Savryga**

Exterritorial Application of Human Right Legislation: a Case Study of the Right to Life 18

A.S. PomazanInternational Legal Regulation of Assistance to Developing Countries
in International Economic Relations 27**Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries****M.V. Zakoshanskiy**

A Vindictory Dispute Evolution..... 42

A.B. Panov

On Continuing Administrative Offences 50

D.V. Shibaev

Legal Mode of Medical Information Privacy 66

M.J. ShilinaInternational Legal Regulation of the Transport and Logistics Interactions
within the Framework of the SCO 78**T.V. Semenov**Criminal Law Prohibitions in Corporate Relations: a Comparative Analysis
of the Legislations in Russia and the CIS countries 88**A.S. Shatalov**Judicial Mechanism of Criminal Proceedings of the Special Subjects:
the Modern State and Prospects of Optimization 100**Judicial System and Practice****I.R. Latypova**

The Constitutional Basis for Financing the Judiciary in the Russian Federation 119

Law in the Modern World**S.Yu. Danilov**From the Experience of Western Constitutionalism: Legal
and Political Aspects of the Modernization of Canadian Constitution..... 131**K.M. Bychkova**

Distribution Priorities for Pre-Commencement Creditors under Judicial Liquidation in France 145

I.I. Nagornaya

Overcriminalization in the USA 157

A.K. Soboleva

Legal Terminology from the Rhetorical Perspective: Legal Genres Approach (in English)..... 168

R.T. Nurullaev

Right to Be Forgotten in the European Union and Russia: Comparison and Criticism (in English) 181

Scientific Life 194**Book Review**..... 225

ПОДПИСАТЬСЯ НА ЖУРНАЛ
**«ПРАВО. ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ
ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ»**

МОЖНО ВО ВСЕХ
ПОЧТОВЫХ ОТДЕЛЕНИЯХ

КАТАЛОГ «ГАЗЕТЫ И ЖУРНАЛЫ — 2016»

АГЕНТСТВА «РОСПЕЧАТЬ»

подписной ИНДЕКС — 47097

Распространяется по России и странам СНГ

Дополнительная информация о подписке на сайте
Издательского дома корпоративного портала НИУ ВШЭ:

<http://www.hse.ru>

или на сайте журнала <http://law-journal.hse.ru>

По вопросам подписки обращаться по тел.: (499) 611-15-08

**Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»
XVII Апрельская международная научная конференция
«Модернизация экономики и общества»**

19–22 апреля 2016 г. в Москве состоится XVII Апрельская Международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества, проводимая Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» при участии Всемирного банка. Председателем Программного комитета конференции является научный руководитель НИУ ВШЭ профессор Е.Г. Ясин.

На пленарных заседаниях конференции и специальных круглых столах планируются выступления руководителей Правительства Российской Федерации, Администрации Президента Российской Федерации, представителей Всемирного банка, Организации экономического сотрудничества и развития, руководителей крупнейших российских и иностранных компаний, ведущих зарубежных и российских ученых.

Специальные темы конференции:

- Диагностика проблем роста;
- Модернизация сверху: потенциал и ограничения;
- Экономическая децентрализация и местное самоуправление;
- Ценности, доверие и кооперация.

Специальным темам конференции будут посвящены пленарные заседания, а также отдельные почетные доклады, секции и круглые столы. После пленарных заседаний и в течение последующих дней будут проводиться сессии с представлением научных докладов и экспертные круглые столы по актуальным проблемам развития экономики.

С основными направлениями секционных заседаний и заседаний круглых столов можно ознакомиться на официальном сайте <http://conf.hse.ru>.

Рабочими языками конференции являются русский и английский. Пленарные и ряд секционных заседаний будут сопровождаться синхронным переводом.

Заявки на выступление в качестве индивидуальных докладчиков на сессиях следует подавать в режиме on-line по адресу: <http://conf.hse.ru/> с **09 сентября 2015 г. до 11 ноября 2015 г.**

Доклады, включенные в Программу конференции, после дополнительного рецензирования и рассмотрения редакциями могут быть приняты к публикации в журналах «Вопросы экономики», «Российский журнал менеджмента», «Экономический журнал ВШЭ», «Журнал Новой экономической ассоциации», «Мир России», «Вопросы образования», «Вопросы государственного и муниципального управления», «Экономическая социология», «Экономическая политика», «Корпоративные финансы» и «ЭКО», которые входят в список ВАК и представители которых приглашены к участию в Программном комитете конференции.

Участникам из стран СНГ и Восточной Европы, приглашенным выступить с докладами, может быть предоставлен грант Представительством Всемирного банка в Москве с целью компенсации расходов по участию в конференции. Заявки на получение гранта должны быть направлены **до 08 февраля 2016 г.** по адресу interconf@hse.ru.

В рамках конференции планируется организовать серию семинаров для докторантов и аспирантов (с возможностью предоставления грантов на проезд и проживание для отобранных докладчиков). Информация об условиях участия в этих семинарах будет доступна на официальном сайте <http://conf.hse.ru/>.

Заявки на участие в конференции без доклада принимаются в режиме online с **12 ноября 2015 г.** до **22 марта 2016 г.** по адресу: <http://conf.hse.ru/>.

Информация о размерах и возможностях оплаты организационных взносов доступна на официальном сайте по адресу <http://conf.hse.ru/>.

С программами и материалами I-XVI международных научных конференций (2000–2015 гг.) можно ознакомиться на сайте: <http://conf.hse.ru/2015/history>.

Оргкомитет конференции

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.

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 неадекватного 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 от 1 до 1,5 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 языке. 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 № ФС77-59798 от 07 ноября 2014 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Редактор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Корректор *Е.И. Киреева*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 10.12.2015. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 15,0. Тираж 600 экз.