

# Право

## Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

## Редакционная коллегия

Дж. Айани (Туринский университет, Италия)  
Ю. Базедов (Институт Макса Планка, Федеративная Республика Германия)  
Н.А. Богданова (МГУ имени М.В. Ломоносова, Российская Федерация)  
Г.А. Гаджиев (Конституционный Суд Российской Федерации)  
С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)  
Г.Б. Динвуди (Оксфордский университет, Великобритания)  
Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)  
А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)  
В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)  
А.Н. Козырин (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)  
Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)  
Г.И. Муромцев (РУДН, Российская Федерация)  
В.Д. Перевалов (Уральская государственная юридическая академия, Российская Федерация)  
В.А. Сивицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)  
Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)  
Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

## 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](mailto:lawjournal@hse.ru)

## Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2019

## ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

5/2019 Специальный выпуск



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

### Право в современном мире

#### Ю.Г. Арзамасов

Оценка регулирующего воздействия и риски в праве:  
опыт России и континентальной Европы ..... 4

#### А.Е. Гузий

Интерпретация Европейским Судом по правам человека  
статьи 18 Европейской конвенции: основные проблемы  
и выводы ..... 32

#### Е.В. Сыченко

Вклад Европейского суда по правам человека  
в понимание прав человека в сфере труда ..... 54

#### Е.С. Аничкин, Ю.А. Рудт

Конституционное балансирование в России:  
практика и перспективы ..... 80

#### Е.В. Балабанова

Допустимые ограничения исключительных прав на объекты  
авторского права в континентальной и англо-американской  
правовых традициях ..... 101

#### Б.А. Шахназаров

Комплексная взаимосвязь блокчейн-технологии и объектов  
интеллектуальной собственности в трансграничных  
частноправовых отношениях ..... 121

#### С.О. Казаков

Регулирование участия работников в управлении организациями  
на уровне отраслевых соглашений ..... 148

#### И.А. Васильев, Н.Н. Кислякова, С.А. Юрлов

Особенности использования доказательств и специфика  
процесса доказывания в Спортивном арбитражном суде (CAS)..... 167

#### Н.А. Рыжов

О зарубежном опыте правового регулирования деятельности  
частных военных и охранных компаний ..... 199

#### С.Ю. Данилов

Управление природными ресурсами в федерации:  
модель Канады ..... 215

#### П.Н. Дудин, А.И. Цыреторов

Становление гражданского права Китая в 1912–1929 гг.  
(предкодификационный период) ..... 237

# Law

## JOURNAL

### OF THE HIGHER SCHOOL

### OF ECONOMICS

#### Publisher

National Research  
University Higher School  
of Economics



ISSUED QUARTERLY

#### Editorial Board

G. Ajani (University of Torino, Italy)  
J. Basedow (Max-Plank Institute, Federal Republic of Germany)  
N.A. Bogdanova (Moscow State University, Russian Federation)  
S.F. Deakin (University of Cambridge, Great Britain)  
G.B. Dinwoodie (Oxford University, Great Britain)  
T. Endicott (Oxford University, Great Britain)  
G.A. Gadzhiev (Constitutional Court of Russian Federation)  
A.A. Ivanov (HSE, Russian Federation)  
V.B. Isakov (HSE, Russian Federation)  
A.N. Kozyrin (HSE, Russian Federation)  
T.G. Morschakova (HSE, Russian Federation)  
G.I. Muromtsev (Russian University of Peoples' Friendship, Russian Federation)  
V.D. Perevalov (Ural State Law Academy, Russian Federation)  
V.A. Sivitsky (Constitutional Court of Russian Federation)  
Yu.A. Tikhomirov (HSE, Russian Federation)  
N.Yu. Yerpilyova (HSE, Russian Federation)

#### Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya  
(HSE, Russian Federation)

#### Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitskiy Per.,  
Moscow 109028, Russia

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

#### Law in the Modern World

**Yu.G. Arzamasov**

Regulatory Impact Assessment and Risks in Law: Experience  
of Russia and Continental Europe ..... 4

**A.E. Guzyi**

The European Court of Human Rights Interpretation  
of the European Convention Article 18: Issues and Conclusions ..... 32

**E.V. Sychenko**

Contribution of the European Court of Human Rights  
to Interpretation of Human Rights in the Sphere of Labor ..... 54

**E.S. Anichkin, J.A. Rudt**

Constitutional Balancing in Russia: Practice and Perspectives ..... 80

**E.V. Balabanova**

Permissible Restrictions to Copyright in Continental  
and Anglo-American legal traditions ..... 101

**B.A. Shakhnazarov**

Complex Interconnection of Blockchain Technology  
and Intellectual Property in Cross-border Private Law Relations ..... 121

**S.O. Kazakov**

Sectoral Agreement's Regulation of Employees's Participation  
in Enterprise Affairs ..... 148

**I.A. Vasilyev, S.A. Yurlov, N.N. Kisliakova**

Issues of Using Evidence and the Process of Proof in the Court  
of Arbitration for Sport (CAS) ..... 167

**N.A. Ryzhov**

International Practices Concerning Legal Regulation  
of Private Military and Security Companies ..... 199

**S.Yu. Danilov**

Natural Resources Management in Federation: Canadian Model ..... 215

**P.N. Dudin, A.I. Tsyretorov**

Formation of Civil Law in China in 1912–1929 ..... 237

---

# Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

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

**The objectives of the journal include:**

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

**The following key issues are addressed:**

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

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

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

# Оценка регулирующего воздействия и риски в праве: опыт России и континентальной Европы



**Ю.Г. Арзамасов**

Профессор, департамент общих и межотраслевых юридических дисциплин факультета права, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: arzam.ruk@mail.ru



## Аннотация

В статье исследован опыт внедрения и проведения оценки регулирующего воздействия (ОРВ) в современной России. Вскрыты причины популярности ОРВ и причины ее внедрения в нормотворческую деятельность. Отмечено, что главными факторами столь активного введения института ОРВ в России является низкое качество нормативных правовых актов и политика бережного расходования средств как федерального, так и региональных бюджетов. Осуществлен критический анализ заключений ОРВ, сделанных Минэкономразвития России и региональным министерством с позиции выявления правовых рисков. Сделан вывод, что в современной России начинает уже просматриваться тенденция повышения не только законодательной культуры, но и правовой культуры социума, поскольку в проведении публичных консультаций при осуществлении ОРВ принимают участие различные институты гражданского общества. Исследованы понятие, виды, причины генезиса правовых рисков. Предложено авторское понятие правовых рисков. Определена роль правового моделирования в выявлении правовых рисков и предложено авторское понятие модели правового регулирования. Изучен опыт выявления правовых рисков посредством ОРВ в ЕС и таких странах континентальной Европы, как ФРГ, Франция и Италия. Сделан вывод, что наметилась тенденция сближения целей проведения ОРВ, поскольку многие государства континентальной Европы в национальном законодательстве закрепляют определение социальных и экологических последствий при перспективной оценке проектов нормативных правовых актов. Отмечено, что в современной России наметилась тенденция, направленная на выявление социальных рисков при осуществлении ОРВ, однако к решению данной проблемы следует подходить комплексно, выявляя не только правовые риски, направленные на ограничение социальных прав, но и криминологические риски, что является более значимым на современном этапе развития социума. Обосновано предложение об изменении подходов к оцениванию законодательства, применяемых в России, предложено включить финансово-экономическое обоснование в структуру ОРВ. Также предложено проводить ОРВ всех без исключения проектов нормативных правовых актов и государственных программ.



## Ключевые слова

оценка регулирующего воздействия, правовые риски, классификация правовых рисков, криминологические риски, правовое моделирование, правовой опыт воздействия, финансово-экономическое обоснование.

---

**Для цитирования:** Арзамасов Ю.Г. Оценка регулирующего воздействия и риски в праве: опыт России и континентальной Европы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 4–31.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.4.31

## Введение

Россия за восемь лет с момента начала оценки регулирующего воздействия (далее — ОРВ) сделала небывалый в истории рывок в совершенствовании и проведении экспертной политики государства — как в регламентации ОРВ, так и в ее внедрении в практическую деятельность. Многие европейские страны данный путь внедрения и совершенствования процедуры ОРВ проходили за 20 лет и более. Например, в Дании этот институт впервые появился еще в 1966 году, где стали применять оценку экономического и административного воздействия как на государственный сектор, так на граждан и бизнес.

Чем же было обусловлено внедрение таких экспертных инноваций в России? И почему данный экспертный институт так стремительно набирает обороты? Причины популярности ОРВ, по мнению А.Б. Дидикина, «определяются особым правовым механизмом обсуждения проектов нормативных правовых актов, затрагивающих интересы бизнеса и инвесторов, до момента их вступления в силу» [Дидикин А.Б., 2018: 3].

Между тем причин здесь гораздо больше, чем только желание «защитить бизнес» и различных инвесторов (финансовых, академических, культурных и т.д.). Во-первых, это серьезные стратегические изменения в правовой политике государства, а именно — «регуляторной политики». Во-вторых, это реализация таких положений административной реформы, как проведение антикоррупционной политики, поскольку одной из превентивных коррупционным проявлениям мер является анализ коррупциогенности проектов нормативных правовых актов.

По нашему мнению, главным фактором активного введения института ОРВ в России является необходимость научно и методологически обоснованного правового прогнозирования действия разрабатываемых нормативных правовых актов, направленного на повышение уровня качества нор-

мативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и региональных нормативных правовых актов.

Между тем, еще нельзя утверждать, что ситуация с регламентацией ОРВ в России кардинально отразилась как на содержательном, так и технико-юридическом качестве нормативных правовых актов. В 2017 г. Минюст опубликовал «Отчет о состоянии регистра нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации». Что мы там увидели? В Центральном федеральном округе (ФО) из действующих 184985 нормативных правовых актов соответствуют федеральному законодательству только 89367 актов, т.е. практически половина. В Северо-Кавказском ФО в федеральном регистре зарегистрировано не так много актов — 56159, но только 33601 акт соответствует федеральному законодательству.

Другим не менее важным фактором внедрения института ОРВ в нашей стране является политика бережного расходования финансовых средств как из федерального, так и региональных бюджетов, которая заметно проявилась в периоды финансовых кризисов и санкций против внешней политики России.

Однако, несмотря на отдельные положительные моменты, связанные с внедрением оценки регулирующего воздействия в нормотворческую деятельность федерального, регионального и местного уровней власти, остается масса вопросов как общетеоретического, так и эмпирического характера. Например, современными учеными (юристами, экономистами, управленцами и др.) не определена роль ОРВ при выявлении правовых рисков как в России, так и в европейских государствах, поскольку данный процесс, как правило, носит сопутствующий характер при выявлении положений норм права, способствующих «давлению» на бизнес. В связи с этим следует не только определить, какое место в заключениях об осуществлении ОРВ уделяется правовым рискам, но и исследовать сущность правовых рисков, для чего следует раскрыть понятие правовых рисков, осуществить их классификацию, определить причины их происхождения.

Кроме этого, в отечественной юриспруденции практически не исследована проблема соотношения правового моделирования и правовых рисков. Здесь тоже существует масса теоретических и эмпирических проблем, требующих решения. Помимо этого мы полагаем, что предмет ОРВ в современной России является неполным, поскольку он ограничен выявлением различных экономических последствий, а на проблемы рядовых граждан власть обращает внимание в последнюю очередь. Такое положение противоречит демократическим принципам и является в корне недопустимым. По нашему мнению, сфера действия ОРВ в России должна быть расширена и включать в себя, как минимум, выявление различных социальных последствий.

Однако для этого в целях предотвращения возможных ошибок необходимо изучить положительный опыт ОРВ в ЕС и в странах, входящих в него (ФРГ, Франция, Италия), которые имеют сходные с Россией признаки правовых систем (деление права на отрасли, наличие кодифицированных актов, приоритет закона) и которые так же, как и Россия, входят в романо-германскую правовую семью. В связи с этим следует определить и рассмотреть особенности выявления правовых рисков посредством ОРВ в данных странах континентальной Европы, чтобы на этой основе сделать выводы и обобщения, направленные на совершенствование как в целом процедуры ОРВ в РФ, так и на выявление правовых рисков.

## 1. Российский опыт ОРВ

Институт ОРВ в России стали внедрять в 2010 г. Тогда функции ОРВ осуществляло только Минэкономразвития России, которое руководствовалось собственным подзаконным актом — Приказом от 31.08.2010 №398 «Об утверждении Положения о Порядке подготовки заключений об оценке регулирующего воздействия»<sup>1</sup>. Но уже спустя два года (7.05.2012) Президент Российской Федерации издал Указ «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления», в п. 2 которого содержалось конкретное предписание императивного характера — «до 1 января 2013 г. обеспечить реализацию мероприятий, направленных на дальнейшее совершенствование и развитие института оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов»<sup>2</sup>.

Внедрение ОРВ в России, несомненно, повысило качество нормативных правовых актов и их эффективность, поскольку были устранены определенные нормативно установленные барьеры в развитии предпринимательства, инвестиционной и таможенной деятельности. Данный экспертный институт способствовал предотвращению лишних, необоснованных финансовых затрат как из федерального, так и региональных бюджетов. По экспертным оценкам «в условиях кризисного состояния российской экономики экономия от заключений ОРВ на федеральном уровне составила около 3,2 трлн. рублей, в российских регионах — более 2,5 млрд. руб.» [Дидикин А.Б., 2018:4].

Такая статистика позволяет сделать вывод, что в России начинается тенденция повышения не только законодательной культуры, но и правовой культуры социума вообще, поскольку в публичных консультациях участвуют различные институты гражданского общества.

<sup>1</sup> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2010. № 43.

<sup>2</sup> Российская газета. 9 мая 2012. № 102.

Не только пионером, но и непосредственным автором в осуществлении процедуры ОРВ в России стало Минэкономразвития, где создана соответствующая структура — Департамент оценки регулирующего воздействия. Согласно официальным данным этого органа исполнительной власти, в рамках Минэкономразвития «было подготовлено более 4600 заключений об ОРВ, более трети которых — отрицательные. Ежемесячно в отношении 30–40% проектов актов, проходящих оценку регулирующего воздействия, делается вывод об избыточности и затратности требований. Ежегодно разрабатывается более 24 тыс. новых нормативных актов»<sup>3</sup>.

Помимо этого, данный орган проводит большую работу по развитию ОРВ на федеральном, региональном и муниципальном уровнях. Субъектам, осуществляющим ОРВ, в основном федеральным министерствам и региональным органам исполнительной власти, Минэкономразвития оказывает консультационную и методическую помощь. Помимо этого, Минэкономразвития отчасти выполняет контрольно-статистические функции, определяя рейтинги и осуществляя в связи с этим сбор статистических данных о ОРВ. Так, Министерство подготовило рейтинг качества осуществления оценки регулирующего воздействия в регионах за 2018 год, в котором были указаны лидеры. Таковыми в прошлом году стали Краснодарский край, Ульяновская область и Новосибирская область.

Однако все ли так идеально в указанных регионах? Проведенный нами анализ последнего отчета о развитии и результатах процедуры оценки регулирующего воздействия в Новосибирской области, датированный 05.02.2016, показал, что не все обстоит так благополучно<sup>4</sup>, как информирует Минэкономразвития. Министерство экономического развития Новосибирской области работает не так активно. Это подтверждает тот факт, что оно подготовило всего восемь заключений и два проекта заключения на проекты нормативных правовых актов. Если сравним с лидером рейтинга — Ульяновской областью — то увидим, что Министерство развития конкуренции и экономики Ульяновской области за 2018 год подготовило 63 заключения.

Здесь сразу возникает проблема явного ограничения предмета оценки, поскольку согласно Постановлению Губернатора Новосибирской области от 21.07.2014 №116 «Об утверждении Положения о проведении оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов Новосибирской области», предметом оценки являются только вопросы предпринимательской и инвестиционной деятельности. Как видим, социальные

---

<sup>3</sup> Available at: URL: <http://economy.gov.ru/minec/press/massmedia/20160527> (дата обращения: 20-04-2019)

<sup>4</sup> Available at: URL: [https://www.nso.ru/sites/test.new.nso.ru/wodby\\_files/files/page\\_15723/otchet\\_za\\_2015\\_o\\_razvitii\\_i\\_rezultatah\\_procedury\\_orv.pdf](https://www.nso.ru/sites/test.new.nso.ru/wodby_files/files/page_15723/otchet_za_2015_o_razvitii_i_rezultatah_procedury_orv.pdf) (дата обращения: 20-04-2019)



последствия, в том числе и возможные социальные риски в поле экспертной деятельности новосибирских экспертов не входят. Определенным «минусом» является отсутствие и в Краснодарском крае и Новосибирской области соглашений о взаимодействии с Минэкономразвития России, что лишает возможности организации методической помощи и консультирования, проведения учебы, в том числе и на дистанционном уровне, связанной с возможностью выявления правовых рисков посредством ОРВ.

С другой стороны, среди положительных моментов работы Министерства экономического развития Новосибирской области укажем, что заключены соглашения о взаимодействии с Новосибирским региональным отделением Общероссийской общественной организации малого и среднего предпринимательства «Опора России», а также с областным отделением Общероссийской общественной организации «Деловая Россия» и региональной торгово-промышленной палатой. Если мы сравним статистику заключений, подготовленных Министерством экономического развития Новосибирской области, со статистикой заключений федерального Министерства экономического развития, то увидим, что только за июнь 2018 года Минэкономразвития (в соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 17.12.2012 №1318) подготовило 92 заключения об оценке регулирующего воздействия. При этом 27% заключений содержали отрицательные оценки<sup>5</sup>. Такая статистика говорит о невысокой культуре разработчиков норм права и, естественно, что результатом будет не только низкое качество российских законов, но и как следствие их низкая эффективность.

Теоретики права считают, что эффективной норма права будет только когда цели правового регулирования, намеченные законодателем, полностью совпадают с полученными результатами. При этом отклонения от достигнутого результата позволяют увидеть коэффициент эффективности. Следовательно, для определения эффективности реализации норм того или иного закона (федерального либо регионального) следует соотносить две основные величины — «результат» и «поставленную цель», исключив из результата процент отклонения.

Особенно важное значение на данном этапе, по мнению профессора О.С. Рогачевой, следует придавать «телеологическому анализу нормы» [Рогачева О.С., 2011: 53]. Не менее значительное место в выявлении эффективности законодательства занимает и социологический анализ действия норм и принципов права, заключающийся в выявлении особенностей поведения личностей в социуме, в установлении причин соблюдения ими запретов и юридических обязанностей. Не менее важное значение имеет обстоятель-

<sup>5</sup> Available at: URL: <http://economy.gov.ru/minec/about/structure/depregulatinginfluence/201816073> (дата обращения: 24-06-2019)

ство, как и при помощи каких средств и методов была на практике реализована цель, поставленная законодателем, т.е. законными или противоправными методами. В связи с этим А.С. Пашков и Л.С. Явич в свое время писали: «Важно не только то, что цель достигнута, но и как, при помощи каких средств и трат она достигнута» [Пашков А.С., Явич Л.С. 1970: 41].

Раскрывая понятие эффективности правовой нормы в своем монографическом исследовании по данному вопросу, Е.А. Мамай отмечал, что «это свойство нормы права, оцениваемое на основании количественного и качественного анализа множества актов ее реализации, отражающее пригодность этой нормы в заданных условиях достигать требуемых результатов при определенном количестве затрачиваемых ресурсов» [Мамай Е.А., 2012: 99].

Проведенный анализ показал, что в ряде заключений, подготовленных Минэкономразвития России на проекты нормативных правовых актов, содержались четкие расчеты, что свидетельствует об ответственном подходе экспертов к выполнению своих функциональных обязанностей. Например, в заключении на проект ФЗ «О внесении изменений в Жилищный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», разработанный Минтрансом, в целях установления порядка управления малоэтажными жилыми комплексами отмечалось, что «общая сумма издержек в целях соблюдения вводимого регулирования составит порядка 14 797 000 рублей».

Между тем в ряде заключений не указана сумма предполагаемых финансовых рисков, а лишь говорилось об их возможности. Например, в заключении Минэкономразвития от 28.06.2018 на проект приказа «Об утверждении требований по защите сетей связи от несанкционированного доступа и передаваемой по ним информации», который был разработан Минкомсвязью в целях защиты от несанкционированного доступа к сетям связи и передаваемой по ним информации, говорилось, что «Минэкономразвития России считает, что на операторов связи будет возложена обязанность по принятию мер, направленных на предотвращение вышеуказанных последствий. Данные меры будут заключаться, в первую очередь, в резервировании оборудования HSM, что может повлечь за собой дополнительные затраты для операторов связи»<sup>6</sup>.

Однако всегда ли федеральный законодатель, Правительство Российской Федерации, региональные и местные нормотворцы учитывают экспертные заключения ОРВ? Остается проблема принятия на федеральном и региональном уровнях норм права, разработанных на основании выводов, сделанных по итогам ОРВ, поскольку в 2018 г. в результате ОРВ в регионах были внесены

---

<sup>6</sup> Available at: URL: <http://economy.gov.ru/minec/about/structure/depregulatinginfluence/201816073> (дата обращения: 27-04-2019)

изменения только в 146 нормативных правовых актов<sup>7</sup>. Такие показатели говорят, что административно-командные методы не изжиты и заметно влияют на законодателей, поскольку «всего за 2018 год регионами России подготовлено около 3900 заключений об ОРВ, 16% из которых — отрицательные»<sup>8</sup>.

Между тем проблема заключается не только в лоббировании интересов чиновниками высших органов государственной власти, но и в качестве заключений, поскольку анализ показал, что заключения на проекты нормативных правовых актов не всегда идеальны как с точки зрения методологии, так и их содержания и оформления. В связи с этим сотрудники НИУ ВШЭ в рамках реализации гранта ректора ВШЭ №10-04-0010 «Дальнейшее развитие в ГУ-ВШЭ научно-исследовательского направления «Оценка программ, политик и регулирующего воздействия» (2010–2011) еще в 2011 г. обозначили важную проблему «создания механизма мета-оценивания (мониторинга) качества заключений об ОРВ». Этот механизм, по их мнению, «должен быть интегрирован в систему оценки регулирующего воздействия» и на основе изучения положительного зарубежного опыта стали находить пути ее решения [Беляев А.Н., Дерман Д.О., Цыганков Д.Б., 2011: 24].

Тем не менее в прошлом году ситуация с качеством заключений, если верить официальной информации, стала улучшаться. Между тем вызывает тревогу тот факт, что только «по 28% проектов актов в рамках ОРВ была получена позиция бизнес-сообщества»<sup>9</sup>. Данный процент является крайне низким, если учесть, что половина заключений ОРВ по проектам нормативных правовых актов проводится именно в интересах бизнеса. В такой общероссийской общественной организации, представляющей интересы бизнеса, как Российский союз промышленников и предпринимателей (РСПП) создан и действует Комитет по регуляторной политике, который на заседаниях обсуждает проблемы проведения ОРВ.

Также негативным моментом, по нашему мнению, является то, что региональные эксперты, в отличие от федеральных, при экспертизе применяют не комплексные методики ОРВ, а в основном количественные, что значительно сужает исследовательские возможности и соответственно результаты исследования. Примером являются такие лидирующие субъекты, как Новосибирская область и Краснодарский край.

В связи с этим важную роль в совершенствовании инструментов и методов проведения ОРВ как в России, так и в Европейской экономической комиссии возлагается на научные центры, занимающиеся изучением раз-

<sup>7</sup> Available at: URL: <http://economy.gov.ru/minec/about/structure/depregulatinginfluence/201824126> (дата обращения: 28-04-2019)

<sup>8</sup> Available at: URL: <http://orv.gov.ru/Content/Item?n=29352> (дата обращения: 29-04-2019)

<sup>9</sup> Available at: URL: <http://orv.gov.ru/Content/Item?n=29352> (дата обращения: 29-04-2019)

личных проблем ОРВ. Признанным лидером экспертного и образовательного рынка ОРВ, регуляторной политики и правового регулирования рисков по праву считается Центр оценки регулирующего воздействия ИГМУ НИУ ВШЭ. Он выполняет экспертные функции, осуществляя сопровождение деятельности федеральных и региональных органов исполнительной власти в части разработки порядка и процедур проведения ОРВ, методологические и образовательные функции. Совместно с Центром стратегических разработок Центр оценки регулирующего воздействия ИГМУ НИУ ВШЭ участвовал в организации и проведении международных научно-практических конференций, «круглых столов», подготовке докладов о регуляторной политике в России [Голодникова А.Е., Ефремов А.А., Соболев Д.В., 2018: 192]. Сотрудники Центра вносят существенный вклад в разработку теории ОРВ и правовых рисков [Голодникова А.Е., Цыганков Д.Б., 2015: 7–40]; [Kuzmin A., Tsygankov D.B., 2014: 87–101].

Таким образом, первые шаги по пути создания системы ОРВ в России в целях реализации регуляторной политики сделаны. Однако очевидно, что, несмотря на значительные успехи в научном обосновании, регламентации и проведении ОРВ, процедура выявления правовых рисков в России и в Европейской экономической комиссии осуществляется фрагментарно, без использования комплексного метода исследования. Это в итоге отражается не только на качестве законов и подзаконных актов, но и на качестве программных документов, но и в дальнейшем — на эффективности правоприменительной практики.

## **2. Правовые риски: понятие, виды, причины генезиса**

Из приведенных примеров следует, что если в заключении об ОРВ не используется термин «риски», это не говорит о том, что речь о них не идет. Фактически любые социально, экономически и научно необоснованные юридические обязанности и запреты, направленные на ограничение развития предпринимательской и иной экономической деятельности, можно назвать рисками. По нашему мнению, к последним следует также относить выявленные экспертами, проводящими ОРВ, необоснованные расходы, возложенные не только на субъектов предпринимательской и инвестиционной деятельности, но и на всех граждан страны, а также необоснованные расходы из федерального и регионального бюджетов, которые практически прямым финансовым бременем ложатся на субъектов гражданского общества (семьи, кооператоров, предпринимателей и т. п.).

Однако что следует понимать под термином «риск»? Является ли он правовым термином? Обратимся в связи с этим к энциклопедической литературе.

Например, известный советский лингвист, профессор С.И. Ожегов определял риск в двух значениях — как «действие на удачу в надежде на счастливый конец» и как «возможную опасность» [Ожегов С.И., 1978: 626]. Аналогичную трактовку мы находим и в толковом словаре иностранных слов, где применительно к нашему случаю, риск рассматривается, как «возможная опасность». При этом с точки зрения этимологии слово риск имеет греческое происхождение и переводится «утес», «скала» (*rixikon*) [Крысин Л.П., 2011: 619].

Необходимо заметить, что российский федеральный законодатель нормативно не утвердил дефиницию, раскрывающую значение термина «риск» или «правовой риск». Между тем в отдельных федеральных документах в России можно найти термин «правовой риск» — например, согласно ст. 2 ГК РФ, предпринимательская деятельность является риском. Примером в данном случае является и Письмо Банка России от 30.06. 2005 № 92-Т «Об организации управления правовым риском и риском потери деловой репутации в кредитных организациях и банковских группах». В данном документе, несомненно имеющем признаки нормативного правового акта (структурно акт как нормативный документ разбит на главы, пункты и подпункты, многие предписания сформулированы императивным методом правового регулирования и т.д.), глава 2 называется «Правовые риски». Однако в данной главе мы не находим расшифровки исследуемого понятия, поскольку только говорится, что «возникновение правового риска может быть обусловлено как внутренними, так и внешними факторами»<sup>10</sup>.

В связи с этим для полноценного понимания термина «правовой риск» следует обратиться к работам современных исследователей. К примеру, А.Г. Мартиросян, изучая особенности рисков в гражданско-правовых отношениях, отмечал, что «риск неминуемо связан со стоимостными отношениями, основанными на равенстве сторон, и пронизывает, таким образом, все гражданское право, его нормы отражают, регулируют этот риск, но ни в коем случае... не очерчивают пределы его допустимости» [Мартиросян А.Г., 2009: 60–64]. Данное высказывание, на наш взгляд, может быть подвергнуто критике. Например, если в той или иной компании не одобряются крупные сделки, то здесь, согласно ст. 166 ГК РФ, возникает такой риск, как признание сделки недействительной.

Исследуя правовые риски с точки зрения теории правового регулирования, профессор Ю.А. Тихомиров небезосновательно заметил, что риски представляют собой «вероятное неправоное отклонение от намеченной правовой модели (концепции) и действующих законов» [Тихомиров Ю.А., 2010]. По мнению В.В. Мамчуна, под ними следует понимать состояние юри-

<sup>10</sup> Available at: URL: <http://ivo.garant.ru/#/document/585600/paragraph/22:0> (дата обращения: 05-04-2019)

дической деятельности, сопряженное с неопределенностью ее исходов. При этом автор выделил два вида рисков в юридической деятельности: активный, создаваемый самими субъектами, и пассивный, возникающий в силу объективных обстоятельств [Мамчун В.В., 2016: 141].

Особое значение на сегодняшний день, как мы видим, имеет не только раскрытие понятия «правовой риск», но и классификация правовых рисков. Необходимо определить виды рисков, возникающих как в отраслях права, так и в сферах современной правовой деятельности, которые переплетаются с классификацией прав человека и гражданина, поскольку, когда мы рассматриваем социальную сферу нашего общества, то прямо выходим на реализацию конкретного вида прав человека и гражданина.

При этом отдельные исследователи обращали внимание и на классификации, связанные с видовыми особенностями, которые определяет также исследовательские инструменты. Например, исследуя правовые риски и возможности технологии блокчейна, в предисловии к книге «Блокчейн на пике хайпа: правовые риски и возможности» сотрудники Института права и развития ВШЭ-Сколково, ссылаясь на Д. Каммингса<sup>11</sup>, справедливо утверждают, что «к основным рискам для потребителя, бизнеса и государства можно отнести: 1) операционные риски; 2) кредитные риски и риски волатильности; 3) системные риски; 4) технологические риски (масштабирование блоков, совместимость и версионность технологий, безопасность хранения); 5) политико-правовые риски, сопряженные с ограничениями монетарной и фискальной политики государств [Башкатов М.Л., Галкова Е.В., 2017: 5].

Правовые риски можно классифицировать по типам юридической деятельности (правотворческие, правоприменительные, интерпретационные, контрольно-надзорные). Также можно их классифицировать по отраслям права. В связи с этим выделяют конституционные риски, как это делает, например, профессор Е.А. Лукьянова [Лукьянова Е.А., 2015: 448], которые относятся не только к публичному, но и к частному праву, поскольку иной раз они могут затрагивать права и свободы физических лиц.

Среди частноправовых рисков выделяют, например, гражданско-правовые риски, о которых писали еще в советское время [Ойгензихт В.А., 1972: 225]. Современные исследователи также обращают свое внимание на различные виды гражданско-правовых рисков [Найт Ф.Х., 2003: 360]; [Шахбазян А.А., 2011: 128-136]; [Архипов Д.А., 2012: 112]. Серьезные исследования современные ученые посвящают и различным уголовно-правовым рискам [Бабаев М.М., 2018: 104–110]; [Воронин В.Н., 2018: 73–80]; где особое место занимают криминологические риски [Сидоренко Э.Л., 2017: 147–154].

---

<sup>11</sup> Available at: [www.ethernews.com/european-financial-regulator-believes-dlt-could-benefit-securities-markets](http://www.ethernews.com/european-financial-regulator-believes-dlt-could-benefit-securities-markets) (дата обращения: 27-03-2019)

По степени возможности возникновения можно выделить:

неизбежные риски, представляющие собой потенциальные явные возможности наступления негативных для субъектов правоотношений правовых последствий, наступление которых вполне очевидно и предсказуемо;

возможные риски, т.е. те негативные последствия, которые могут возникнуть при наличии определенных причин и факторов;

маловероятные риски, возможные в крайне редких случаях при наступлении определенных юридических фактов;

завышенные риски, которые вряд ли могут возникнуть на практике, но которые спрогнозировали эксперты.

Такое разнообразие рисков привело к тому, что в различных отраслях знаний появляются научные школы по изучению правовых, экономических, системных, техногенных и других рисков, что способствовало появлению совершенно нового научного направления, которое отдельные авторы позиционируют как самостоятельную науку рискологию. Как отмечает в своей статье М.М. Бабаев, «рискология ... дает ученым и практикам основы методологии анализа рискогенной обстановки, стратегии и тактики управления рисками. С ее возникновением и развитием наши знания о риске не только углубились, но и существенно трансформировались» [Бабаев М.М., 2018: 105].

Важным моментом в раскрытии сущности правовых рисков является исследование их генезиса, т.е. происхождения. Разнообразие правовых рисков связано прежде всего с различными причинами их возникновения, среди которых следует выделить как субъективные (связанные с коррупционными проявлениями, «корпоративной ответственностью» экспертов, их низкой квалификацией, особенностями исследования), так и объективные причины, вызванные не зависящими от экспертов последствиями (изменением порядка правового регулирования, экономическим кризисом, введением новых экономических санкций и т.п.).

Исследуя данную проблему, Ю.А. Тихомиров выделил три основных причины возникновения правовых рисков. «Во-первых, социально-психологические причины, отражающие уровень сознания и деформацию поведения людей, когда их действия подвержены разным мотивам, в том числе корыстным, низкой шкале ценностей, неорганизованности и некомпетентности. Во-вторых, юридические причины, когда низкое качество правового регулирования порождает коллизии и пробелы в системе правовых норм и актов, юридические ошибки в определении статусов юридических лиц и граждан. Правовой нигилизм и отчуждение от права неизбежно ведут к рискам внутри правовой системы. В-третьих, риски внешней среды, включающие прежде всего угрозы и вызовы вследствие динамики и противоречий социально-экономических процессов» [Тихомиров Ю.А., Лапина М.А., 2014: 7].

В третью категорию рисков, по нашему мнению, следует добавить риски, связанные с угрозой внешнего прямого воздействием на различных субъектов правовых отношений (политические интересы, угрозы введения экономических и иных санкций, угрозы применения ядерного оружия и т.п.). Помимо этого, в особую группу следует выделить также причины появления системных рисков, которые возникают не только в связи с неправильно установленной структурой, но и неверным распределением задач и функций в системе в целом или в ее отдельных подсистемах. Не только системные, но и отдельные экономические, правовые, в том числе и криминологические риски могут возникнуть еще в связи с тем, что выбрана неверная либо несовершенная модель правового регулирования.

### **3. Правовые риски и правовое моделирование**

Что следует вкладывать в данное понятие? В современной юридической литературе отсутствует его монистическое понимание. Анализ юридической литературы показал, что под правовой моделью понимают: 1) интеллектуально-волевое описание, повторяющее существенные свойства моделируемого объекта; 2) внешнее выражение внутренней структурной системы; 3) инструмент юридической науки и практики; 4) результат анализа действующей правовой нормы или практики ее реализации; 5) особую юридическую конструкцию; 6) задачи по урегулированию определенных общественных отношений.

Такое многообразие трактовок приводит нас к вопросу — какое определение является наиболее приемлемым? Открытым остается также вопрос, что следует понимать под правовым моделированием?

В диссертации, посвященной теоретическим аспектам правового моделирования, А.С. Безруков предложил следующее, как он указал, «операциональное определение правовой модели», «это созданная в результате абстракции, идеализации (для теоретических и метатеоретических моделей) или наблюдения (для материальных моделей) форма отражения правовой (или окружающей) действительности, находящаяся в отношении соответствия с исследуемым объектом, служащая средством отвлечения и выражения внутренней структуры сложного правового явления (или наглядности в описании объектов материального мира), несущая информацию об объекте или выполняющая специальную описательную (демонстрационную) задачу» [Безруков А.С., 2008: 8]. Между тем проблема моделирования правовых рисков так и не была решена им.

По нашему мнению, если вести речь не о правовом моделировании вообще, а о модели правового регулирования, то под ней следует понимать



разработанную либо усовершенствованную на основе современной методологии, теории и практики системную, согласованную внутри и вовне юридическую конструкцию, определяющую наиболее оптимальный вариант повышения эффективности правового регулирования в целях предотвращения возможных правовых и иных социальных рисков.

Однако какую модель правового регулирования мы можем назвать оптимальной? Оптимальная модель правового регулирования — это не только согласованная, подготовленная на научной основе и положительном национальном и зарубежном правовом опыте юридическая конструкция, направленная на регуляцию определенных правовых институтов и даже отраслей права и законодательства, а такая модель, при реализации норм которой повышается эффективность правового воздействия на общественные отношения посредством достижения поставленных законодателем целей.

Определенный риск здесь тоже есть, он проявляется в том, что заимствование модели или правового института из одной правовой системы, пусть даже страны, входящей в одну правовую семью, как ее определил известный французский компаративист Р. Давид, не всегда сможет эффективно регулировать отношения в другом социуме. Более того, оно может вступить в явное противоречие с правовыми регуляторами другой страны!

Чтобы найти оптимальный вариант такого вида правового воздействия на общественные отношения, как правовое регулирование, необходимо проводить комплексный анализ действующих моделей. При этом нужно учитывать не только негативные, но и так называемые «позитивные отклонения», связанные, например, с различными инициативными способами регуляции отношений в социуме.

Профессор А.Ф. Черданцев высказал мысль, что существуют нескольких правовых моделей — теоретическая (идеальная) правовая модель и нормативная правовая модель, реализованной в правовой норме [Черданцев А.Ф., 2012: 248–250]. В дальнейшем данную проблему подробнее исследовал В.С. Плетников [Плетников В.С., 2016: 121–135]. В статье «Моделирование в праве: проблемы и перспективы» Е.Н. Салыгин написал, «если модель не дает истинных, достаточных данных и не позволяет достигнуть намеченных целей, то она должна быть скорректирована или заменена на другую». При этом он указал на важность социологических методов при создании такой модели. Для проверки «истинности (верификации)» правовой модели предлагается использовать «экспертные опросы, социальные эксперименты» [Салыгин Е.Н., 2013: 12–35].

Однако на сегодняшний день довольно остро возникает проблема разработки различных современных моделей правового регулирования (подготовка избирательного и информационного кодексов, нового КоАП, мо-

дели соотношения лесного и уголовного законодательства и т.д.). В связи с этим актуализируется проблема отсутствия профессионалов, грамотных специалистов в области проектных юридических работ, а именно в сфере правового моделирования и выявления правовых рисков. Это объясняется, главным образом, тем, что такой учебной дисциплины, как «Правовое моделирование» в учебных планах юридических ВУЗов и факультетов, помимо НИУ ВШЭ, нет. Разработчики норм права слабо представляют аксиологическое значение правового моделирования, не знают методы и виды правового моделирования, инструменты выявления правовых рисков.

Для подготовки оптимальной модели правового регулирования следует использовать комплексный метод исследования проблемы, применяя для этих целей как известный всем правовой анализ, так и все виды правового мониторинга, в том числе и ретроспективного, современные методики прогнозирования возможных рисков, а также методы правовой компаративистики, чтобы увидеть все «плюсы» и «минусы» регуляции в государствах с аналогичными правовыми системами и выявить возможные правовые и системные риски.

Однако цифровая экономика, как свидетельствует практика, непостоянна, и правовое моделирование не может быть панацеей от рисков. В определенной ситуации как бизнес-модели, так и модели правового регулирования могут не действовать эффективно, они могут не работать в связи с «непредсказуемостью рынка» и его отдельных участников. В связи с этим следует скрупулезно изучать положительный западный экспертный опыт, главным образом, опыт осуществления ОРВ в целях предотвращения возможных правовых и иных рисков.

#### **4. Цели ОРВ в России и континентальной Европе**

В современной России актуализируются проблемы, связанные не только с выбором методов и инструментов выявления и исследования правовых рисков, но и с управлением рисками, что не всегда возможно на практике [Крючков Р.А., 2015: 53–156]. Проведенный анализ показал, что такой современный мониторинговый инструмент, каким является ОРВ, не способен выявлять данные проблемы, названные рисками. Дело в том, что спектр действия ОРВ шире, чем выявление только правовых и экономических рисков.

Здесь встает вопрос — какие цели преследует ОРВ и какие она должна преследовать? Для более полного ответа на него обратимся к нормативным правовым актам, регламентирующим проведение ОРВ. Например, согласно ч. 1 ст. 26.3-3 ФЗ от 2.07.2013 N176-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный

закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и статьи 7 и 46 Федерального закона «об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» по вопросам оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов и экспертизы нормативных правовых актов», «оценка регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации проводится в двух целях, во-первых для выявления положений, вводящих избыточные обязанности, запреты и ограничения для субъектов предпринимательской и инвестиционной деятельности или способствующих их введению, а, во-вторых, для выявления положений, способствующих возникновению необоснованных расходов субъектов предпринимательской и инвестиционной деятельности и бюджетов субъектов Российской Федерации».

Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.12.2012 №1318 (ред. от 07.10.2017) «О порядке проведения федеральными органами исполнительной власти оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов и проектов решений Евразийской экономической комиссии, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации», утвердившим Правила проведения федеральными органами исполнительной власти ОРВ проектов нормативных правовых актов, цели проведения ОРВ были несколько расширены, поскольку к ним добавилась еще оценка возможных положительных и отрицательных последствий принятия проекта акта.

Такая цель ОРВ, на первый взгляд, похожа на одну из задач финансово-экономического обоснования законопроекта, что иной раз может привести к риску подмены понятий. Однако функция выявления отрицательных последствий принятия проекта нормативного правового акта, какой бы он юридической силой ни обладал и на каких бы субъектов ни распространялся, осуществляемая при ОРВ, значительно шире задач финансово-экономического обоснования проекта. Это объясняется, главным образом тем, что при ОРВ возможно выявить типичные, так и специфические для определенной отрасли права риски. Задачи финансово-экономического обоснования проекта нормативного правового акта более узки — указать, какие финансовые затраты нужно будет осуществить при вступлении нормативного правового акта в юридическую силу.

Данную точку зрения разделяют многие отечественные ученые (Ю.А. Тихомиров, Д.Б. Цыганков). Такое понимание соотношения ОРВ и финансово-экономического обоснования обусловлено, прежде всего, тем, что на федеральном уровне эти две схожие экспертизы, были обособлены. Между

тем в большинстве стран Запада эти процедуры не разделяют, и выявление финансовых затрат, связанных со вступлением в юридическую силу того или иного документа, безболезненно включается в ОРВ.

Что в этом отношении мы можем сказать о правовых рисках? Нужно ли их выявлять в процессе ОРВ? По нашему убеждению, эксперты, проводившие ОРВ, должны особое внимание уделять именно прогнозированию рисков. На практике предполагаемые риски могут и не проявиться в виде негативных последствий, противоправных действий и т.п., но это не означает отсутствия проблемы, возможного нового проявления различных правовых рисков.

В связи с этим для определения возможных рисков следует прибегать к такому мониторинговому инструменту, как правовая эксперимент. В России до сих пор остается открытым вопрос о нормативном закреплении данной функции правового мониторинга. Интересно обратиться к правовому опыту зарубежных государств, где данный институт закреплён на законодательном уровне. Например, в Конституции Франции говорится, что закон и регламент могут содержать по ограниченному предмету ведения и на ограниченный срок положения экспериментального характера (ст. 37-1).

Хотя порядок проведения «государственно-правового эксперимента» был регламентирован еще в ст. 4 Закона Российской Федерации от 6.07.1991 № 1550-1 «О местном самоуправлении в Российской Федерации», в России он фактически не применялся. Однако факт возможности проведения такой процедуры стал будоражить как ученых-юристов, так и управленцев. Например, В.Н. Ельцов отмечал, что «цель организации и проведения правового эксперимента — достижение идеального результата, определенного компетентным субъектом. Данный идеальный результат заключается в проверке гипотезы об эффективности той или иной правотворческой идеи, об эффективности действия экспериментальных правовых норм, а также в выявлении возможных «побочных эффектов» действия экспериментального фактора» [Ельцов В.Н., 2009: 8–9].

К таким «побочным эффектам», по нашему мнению, следует отнести и выявление возможных рисков. При этом повышенное внимание экспертам, осуществляющим перспективную оценку ОРВ, следует уделять различным криминологическим рискам, которые могут проявиться в связи с принятием проектов нормативных правовых актов.

Таким образом, резюмируя проблему понимания правовых рисков, связанных с принятием нормативных правовых актов, предлагаем считать, что правовые риски — это возможные в юридической практике проявления неблагоприятных последствий (экономических, социальных, экологических, криминологических, технико-юридических и др.), которые выявляются экспертами при помощи специальных методик в процессе различных видов правового мониторинга.

В свое время мы предложили под правовым мониторингом понимать научно и методологически обоснованную систему комплексной оценки содержания и формы правовых актов и правоприменительной деятельности, осуществляемую посредством получения различных видов информации, наблюдения, анализа, контроля и прогноза с целью создания эффективного механизма правового регулирования.

## **5. Выявление правовых рисков посредством ОРВ в странах континентальной Европы**

Приятно отметить, что современные специалисты все чаще стали проявлять заинтересованность к проблеме выявления различных правовых рисков. «Для поддержки политических решений, обеспечивающих наилучший баланс между выгодами и издержками, ОРВ должна оценивать все соответствующие преимущества и недостатки альтернативы политики («варианты») против ссылки базового уровня... лучше всего сделать это через итеративный процесс, который начинается с широкого охвата, а затем фокусируется, и углубляет анализ наиболее значимых воздействий, будучи готовым вернуться назад и улучшить сохраненные параметры перед окончательной доработкой»<sup>12</sup>. Использование внутреннего и внешнего опыта, а также знаний заинтересованных сторон, в частности, полезно при анализе воздействий норм права на различные отношения в социуме (политические, экономические, социальные, культурные и т.д.).

Евросоюз, закрепленный в 1992 г. Маастрихтским договором, основной целью ОРВ ставит прогнозирование достижений в осуществляемой им публичной политике. Основными приоритетами в проведении ОРВ являются три направления — экономика, социальная и, что не менее важно, экологическая сфера.

Применение процедуры ОРВ для выявления экологических рисков является по существу «ноу-хау» ЕС. Законодательное закрепление понятия «экологический риск» мы находим и в отечественном законодательстве (ст. 1 Федерального закона «Об охране окружающей среды» от 10.01.2002 № 7-ФЗ: «... это вероятность наступления события, имеющего неблагоприятные последствия для природной среды и вызванного негативным воздействием хозяйственной и иной деятельности, чрезвычайными ситуациями природного и техногенного характера»), при этом в 2002 г. в России ОРВ еще не применялась.

Приоритеты ЕС в проведении ОРВ расставлены вполне ясно и понятно, даже научно, но в большей степени прагматически, т.е. экономически обо-

<sup>12</sup> Available at: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2017/EN/SWD-2017-350-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> (дата обращения: 07-04-2019)

снованы. Однако мы наблюдаем, что в ЕС при ОРВ не выявляются также такие последствия при принятии нормативных правовых актов, как ограничение культурных прав граждан. Такое ограничение в расстановке приоритетов наносит определенный удар при анализе политики ЕС, поскольку основные экономические ценности перекрывают важность его культурных ценностей. При этом заметим, что потенциал ЕС как субъекта публичной политики основан прежде всего на «европейских ценностях», среди которых и римское право, и идеи Великой французской революции о свободе, равенстве и справедливости, которые затем оформились в нормативно определенные стандарты прав и свобод человека и гражданина, в том числе культурных прав. Ярким примером этого является Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, принятый Генеральной Ассамблеей ООН 16.12.1966 и вступил в силу 3.01.1976. Его нормы на сегодняшний день стали мерой оценки деятельности развитых цивилизованных государств.

Аксиологическое значение данные приоритеты, как показывает практика, оказали значительное влияние не только на генезис и развитие европейской культуры, но и на культуру различных государств Северной и Южной Америки, азиатских и ближневосточных стран.

Как видим, определенное ограничение в ЕС в осуществлении ОРВ проектов нормативных правовых актов, затрагивающих вопросы культуры, кажется не то что необоснованным, а подрывающим основные европейские традиции. Мы считаем, что перечень возможных рисков, установленных в ЕС, заужен и, несомненно, требует расширения.

Такое положение, по нашему мнению, объясняется тем, что в 2002 г. на «круглом столе», проведенном в 2002 г., профессор Л. Мадер провозгласил, что оценивать законы необходимо на основе следующих трех критериев: действенности, эффективности и целесообразности. Под действенностью он предложил понимать «степень соответствия наблюдаемых взглядов и поведения целевой группы населения (индивидуумы, предприятия, должностные лица, отвечающие за применение законодательства) нормативной модели, то есть отношениям и нормам поведения, предписанным законодателем».

Под эффективностью подразумевался классический вариант понимания, зависящий от степени «достижения законом поставленной цели». Л. Мадер заметил, что «если политические власти, законодатели, отказываются от определения целей, то невозможно оценить эффективность законодательства». Под целесообразностью он подразумевал соотношение между «затратами» и «выгодами» от законодательных действий. «При этом термины «затраты» и «выгоды» используются в этом контексте в очень широком смысле. Первое включает не только прямые финансовые последствия соблюдения

применяемых правовых норм; также во внимание принимаются неосознанные элементы, такие как психологические или эмоциональные неудобства, а также все отрицательные воздействия как результат законодательного акта» [Мадер Л., 2003].

Однако многие европейские (как и российские) чиновники при проведении ОРВ взяли на вооружение узкое понимание целесообразности, рассчитывая только финансовые затраты и определяя экономические последствия, вступления проектов нормативных правовых актов в юридическую силу. Поверхностное отношение к научным идеям в законодательной деятельности явно исказило назначение ОРВ, заменив его меркантильной стороной вопроса, исключив оценку социальных последствий. Более того, первоначально даже многие российские ученые ОРВ понимали не как социальный мониторинговый инструмент, а как одну из экономических методик оценки возможного правового регулирования.

Довольно близкой к российской правовой системе являются правовые системы ФРГ и Франции — классических стран, входящих в романо-германскую правовую семью. В связи с этим мы рассмотрим, как в процессе ОРВ выявляются возможные правовые последствия вступления нормативных актов в силу, в том числе и правовые риски.

В Германии ОРВ (как с 2015 г. и в России) обязаны проводить все федеральные министерства. Ответственным за контролем качества ОРВ выступает Министерство финансов. Наиболее активными министерствами ФРГ в проведении ОРВ являются Министерство экономики и труда и Министерство внутренних дел, что в общем схоже с Россией. Согласно п. 10.27(1) Положения о Договорно-правовом департаменте МВД России, в число основных функций данного департамента входит «координация и участие в проведении оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов, проектов поправок Правительства Российской Федерации к проектам федеральных законов и проектов решений Евразийской экономической комиссии, подготавливаемых в системе МВД России»<sup>13</sup>.

Здесь нельзя не напомнить, что Германия по форме ее государственного устройства — федерация, особенностью которой является обязательное проведение ОРВ на уровне земель.

Хотя в Германии ОРВ проводится не так давно, здесь уже сложились целые научные школы, исследующие теоретические, методологические и эмпирические проблемы ОРВ, которые возглавляют профессора Высшей школы управления К. Бёрет и Г. Концендорф [Böhret C., Konzendorf G., 2001: 355], профессор юридического факультета Гамбургского университета, ди-

<sup>13</sup> Available at: URL: [https://xn--b1aew.xn--p1ai/mvd/structure1/Departamenti/Dogovorno\\_pravovoj\\_departament/Polozhenie](https://xn--b1aew.xn--p1ai/mvd/structure1/Departamenti/Dogovorno_pravovoj_departament/Polozhenie) (дата обращения: 20-03-2019)

ректор Центра культурного, конституционного и административного права У. Карпен [Karpen U., 2006: 159]. У. Карпен был первым председателем Европейской ассоциации законодательства, которая в настоящее время носит название «Международная ассоциация законодательства».

Основным документом по ОРВ в Германии является краткое руководство («Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung»), подготовленное в рамках программы модернизации госуправления «Moderner Staat — Moderne Verwaltung». Согласно данному руководству, ОРВ как процесс правовой оптимизации способствует сокращению объема регулирования, экономичному управлению с ограниченными ресурсами и во избежание экономических потерь при принятии нормативного документа. Также в документе отмечается, что оценка проектов законов должна осуществляться «в соответствии с определенными критериями, такими как стоимость и эффективность» [Böhret C., Konzendorf G., 2001: 6, 7].

Из анализа данного документа следует, что возможные экономические риски выявляются в процессе не только перспективной, но и ретроспективной оценок. Последняя осуществляется главным образом через депутатские запросы, а также через доклады субъектов нормотворчества. При проведении такой оценки эксперты отвечают на вопросы: принял ли «рынок» закон? Если нет, то почему?

ОРВ в Германии не сводится только к выявлению возможных финансовых рисков, поскольку одной из важных задач данного экспертного процесса является определение эффективности правового регулирования в экономической сфере. Результаты данной деятельности не оформляются отдельным документом, как в России или ЕС, поскольку в Германии отчет об ОРВ издается совместно с законом и публикуется в пояснительном меморандуме (записке) к закону.

Интересен также французский опыт регламентации и определения целей в осуществлении ОРВ для выявления возможных правовых рисков. Это объясняется схожестью правовых систем России и Франции (наличие конституции, кодификация законодательства, деление норм права на отрасли и т.д.), а также полномочиями и функционированием высших органов государственной власти (подписание (промульгация) законов президентом, большие полномочия исполнительной власти, фактически зависимый от нее парламент и т. д.). Следует согласиться с исследующей французскую правовую систему М.В. Захаровой, которая отмечает, что во Франции исполнительная власть вмешивается «во все стадии законодательной процедуры» [Захарова М.В., 2017: 152]. Данный тезис подтверждает не только законодательная практика, но и анализ конституционных норм, хотя согласно ст. 24 Конституции Пятой Республики, Парламент контролирует действия Прави-



тельства. Далее в данной статье говорится, что Парламент должен оценивать государственную политику.

Однако если посмотрим ст. 47-2 Конституции Французской Республики, то увидим коллизию со ст. 24, поскольку в ст. 47-2 говорится, что Счетная палата помогает Парламенту и Правительству «оценивать все направления деятельности органов публичной власти в интересах населения». Таким образом, к субъектам ОРВ государственной политики кроме Парламента добавились еще Правительство и Счетная палата, что хотя и логично, но противоречит ст. 24 Конституции.

Точнее правовые основы проведения ОРВ во Франции определены в ст. 8 Органического закона № 2009-403 от 15.04.2009 «О применении статей 34-1, 39 и 44 Конституции», в которой отмечается, что «законопроекты являются предметом предварительной оценки регулирующего воздействия, начиная с их составления. Документы, сообщающие о результатах оценки регулирующего воздействия, прилагаются к законопроектам, как только они направляются в Государственный совет»<sup>14</sup>. В статье говорится, что данные документы подробно разъясняют оценку экономических, финансовых, социальных и экологических последствий, равно как и финансовых затрат и прибыли, ожидаемые от их положений. В ст. 8 есть еще одна социальная обязывающая норма, согласно которой документы ОРВ должны также содержать «оценку последствий применения предусмотренных положений для всеобщей занятости».

Однако ст. 11 рассматриваемого Закона закрепила исключения, согласно которым ст. 8 не применяется в отношении проектов конституционного пересмотра и финансовых законов (например, о государственном бюджете и о финансировании социального обеспечения).

Нормы Органического закона получают развитие в соответствующих декретах, только в 2013 г. приняты следующие: Декрет 28.02.2013 № 2013-183 в отношении обязательств по соблюдению бдительности при осуществлении онлайн-платежей в целях предотвращения использования финансовой системы для целей отмыwania денег и финансирования терроризма; Декрет от 28.03.2013 № 2013-266 о социальной номинативной декларации; Декрет от 9.07.2013 № 2013-606 об изменении положений Экологического кодекса, касающихся рекламы и вывесок. Можно сделать вывод, что французский Парламент уделяет большое внимание приведению законодательства в соответствие с нормами ЕС и разработке дополнительных директив по применению законов.

Не менее интересен и итальянский опыт ОРВ, где первоначально ОРВ была введена как правовой эксперимент законодательным актом № 50 в

<sup>14</sup> Available at: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020521873&dateTexte=> (дата обращения: 15-03-2019)

1999 г. Дальнейшая ее правовая регламентация была осуществлена директивной премьер-министра в 2000 г. При этом, как и в других странах Европы, при проведении ОРВ в Италии просматриваются особенности: 1) оценке подлежат все законы и подзаконные акты; 2) описываются основные социальные, экономические и юридические основания для введения нового регулирующего акта; 3) повышенное внимание уделяется выявлению и анализу возможных рисков. При этом «относительно анализа рисков не существует каких-либо требований применения техник оценивания, поэтому риски могут быть описаны качественно»<sup>15</sup>. Как видим, цели ОРВ в Италии не охватывают экологических рисков, не говоря уже о системных и технологических.

## Выводы

В каждом государстве, где осуществляется ОРВ, есть особенности ее проведения, которые обусловлены прежде всего целями и задачами, поставленными главным образом правительствами, а также научными и экспертными организациями и только частично — институтами гражданского общества. В связи с этим правительствам европейских и других государств следует шире привлекать к ОРВ не только общественные институты, представляющие бизнес (торгово-промышленные палаты, РСПП и т.п.), но и потребительские союзы, творческие союзы, правозащитные организации.

Наметилась тенденция к сближению целей проведения ОРВ. Все больше государств в национальном законодательстве закрепляют выявление социальных и экологических последствий при проведении перспективной оценки.

Тенденция в законодательстве европейских государств выявить возможные социальные, экологические и технологические риски хотя и прослеживается, но еще не везде. В этом отношении научное сообщество, исследующее как теоретические, так и инструментальные проблемы, связанные с технологиями проведения ОРВ, должно консолидировать свои силы не только на выработке унифицированных форм закрепления проведения процедуры ОРВ, но и на закреплении данных методов в национальном законодательстве. В итоге это приведет не только к унификации форм и содержания законодательства, к демократизации нормотворческого процесса и правовой конвергенции, но и (что важно!) к эффективности нормативных правовых актов (поскольку способствует предотвращению различных правовых рисков (экологических, технологических, социальных), к предотвращению экологических и технологических катастроф, различных социальных потрясений, связанных с политическими, националистическими, религиозными и другими конфликтами.

---

<sup>15</sup> URL: <http://iam.duma.gov.ru/node/8/4909/19822> (дата обращения: 15-03-2019)

В странах Европы практически отсутствуют методики выявления системных рисков, что делает законодательство уязвимым, социально и научно обусловленным, авральным и ситуационным, т.е. направленным на решение хотя и актуальных, но практически сиюминутных задач. Часто мы наблюдаем следующую картину. В законы вносится большое количество изменений и дополнений, при этом изменения вносятся в уже измененные нормы, что вызывает только путаницу, бессистемность, необходимость принятия дополнительных интерпретационных актов. В результате право теряет системообразующие качества — стабильность, постоянство, регулятивный потенциал.

В Российской Федерации наметилась тенденция, направленная на выявление социальных рисков при осуществлении ОРВ, однако к решению данной проблемы следует подходить комплексно, выявляя не только правовые риски, направленные на ограничение социальных прав, но и криминологические риски, что является более значимым на современном этапе развития социума.

Необходимо существенно изменить подходы к оцениванию законодательства, применяемые в России, поскольку финансово-экономическое обоснование несколько дублирует задачи ОРВ. Его (как во многих европейских странах) следует включить в структуру осуществления ОРВ. При этом ОРВ необходимо проводить для всех без исключения проектов нормативных правовых актов и госпрограмм, что, несомненно, отразится не только на качестве документов, но и на эффективности правового регулирования.



## Библиография

Анализ коррупционности законодательства: памятка эксперту по первичному анализу коррупционности законодательного акта / под ред. В.Н. Южакова. М.: Статут, 2004. 64 с.

Архипов Д.А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование. М.: Статут, 2012. 112 с.

Бабаев М.М. Риски как компонент детерминационного комплекса преступности // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. N 1. С. 104–110.

Безруков А.С. Правовая модель как инструмент юридической науки и практики: дис. ... к.ю.н. Владимир, 2008. 151 с.

Беляев А.Н., Дерман Д.О., Цыганков Д.Б. Методические подходы к мета-оцениванию качества заключений об оценке регулирующего воздействия // Проектирование, мониторинг и оценка. 2011. № 1. С. 24.

Блокчейн на пике хайпа: правовые риски и возможности / А.Ю. Иванов, М.Л. Башкаров и др. М.: Изд. Дом Высшей школы экономики, 2017. 237 с.

Воронин В.Н. Уголовно-правовые риски развития цифровых технологий: постановка проблемы и методы научного исследования // Вестник МГЮА. 2018. № 12. С. 73–80.

Голодникова А.Е., Ефремов А.А., Соболев Д.В. и др. Регуляторная политика в России: основные тенденции и архитектура будущего. М.: Центр стратегических разработок, 2018. 192 с.

Голодникова А.Е., Цыганков Д.Б. «Таргетирование» оценки регулирующего воздействия: международные подходы и российская практика // Вопросы государственного и муниципального управления. 2015. № 4. С. 7–40.

Дидикин А.Б. Введение / Оценка регулирующего воздействия и нормотворчество: сборник статей. Екатеринбург: Издательское решение, 2018. 50 с.

Ельцов В.Н. Правовой эксперимент в современной России: проблемы эффективности: дис. ... к.ю.н. Тамбов, 2009. 163 с.

Захарова М.В. Французская правовая система: теоретический анализ. М.: Проспект, 2017. 284 с.

Крысин Л.П. Иллюстрированный толковый словарь иностранных слов. М.: Эксмо, 2011. 864 с.

Крючков Р.А. Правовое управление рисками: понятие и сущность явления // Вестник КГУ им. Н.А. Некрасова. 2015. № 6. С. 153–156.

Лукиянова Е.А. Конституционные риски. Учебно-методическое пособие. М.: Кучково поле, 2015. 448 с.

Мадер Л. Оценка законодательства — вклад в повышение качества законов / Оценка законов и эффективности их принятия. Материалы Международного семинара 16–17.12.2002 М.: Издание Государственной Думы, 2003. 152 с.

Мамай Е.А. Эффективность правоприменительных процедур (теория, практика, техника). М.: Юрлитинформ, 2012. 224 с.

Мамчун В.В. Культура риска в юридической деятельности // Юридическая техника. 2016. N 10. С. 400–406.

Мартиросян А.Г. К вопросу о риске в гражданском праве Российской Федерации // Современное право. 2009. № 9. С. 60–64.

Найт Ф.Х. Риск, неопределенность и прибыль / пер. с англ. М.: Дело, 2003. 360 с.

Ожегов С.И. Словарь русского языка. М.: Русский язык, 1978. 846 с.

Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе: Ирфон, 1972. 225 с.

Пашков А.С., Явич Л.С. Эффективность действия правовых норм // Сов. гос. и право. 1970. N 3. С. 41.

Плетников В.С. Понятие и виды моделей в современной отечественной юриспруденции: теоретико-правовое исследование // Научный ежегодник ИФП УрО РАН. 2016. Т. 16. Вып. 2. С. 121–135.

Риск в сфере публичного и частного права / под ред. Ю.А. Тихомирова, М.А. Лапиной. М.: ОТ и ДО, 2014. 310 с.

Рогачева О.С. Эффективность норм административно-деликтного права: монография. Воронеж: Изд-во Воронежского университета, 2011. 356 с.

Салыгин Е.Н. Моделирование в праве: проблемы и перспективы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2013. № 3. С. 12–35.

Сидоренко Э.Л. Криминологические риски оборота криптовалюты // Экономика. Налоги. Право. 2017. № 6. С. 147–154.

Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. М.: Формула права, 2010. 400 с.

Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции. М: Норма, 2012. 320 с.

Шахбазян А.А. Понятие и значение правовых рисков в гражданском праве и способы их минимизации//Российский юридический журнал. 2011. №5. С. 128–136.

Böhret C., Konzendorf G. Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA). Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften Taschenbuch 2001. Baden-Baden: Nomos, 355 S.

Karpen U. Gesetzgebungslehre — neu evaluiert / Legistics — freshly evaluated. 2nd ed. Bd. 12. Baden-Baden: Nomos, 2008, 255 S.

Kuzmin A., Tsygankov D. B. The Emerging Field of Evaluation and the Growth of the Evaluation Profession: the Russian Experience. Canadian Journal of Program Evaluation, 2014, no 3, pp. 87–101.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 5**

### **Regulatory Impact Assessment and Risks in Law: Experience of Russia and Continental Europe**



**Yury Arzamasov**

Professor, Department of General and Interdisciplinary Legal Studies, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: [azam.ruk@mail.ru](mailto:azam.ruk@mail.ru)



#### **Abstract**

The article examines the experience of introducing and conducting an assessment of the regulatory impact in modern Russia. Revealed the reasons for the popularity of the assessment of the regulatory impact in modern Russia and the reasons for its implementation in norm-setting activities. It was noted that the main factors of such an active introduction of the assessment of the regulatory impact institute in Russia are the low quality of regulatory legal acts and pursuing a policy of careful spending of funds from both the federal and regional budgets. The critical analysis of the findings on the conduct of the assessment of the regulatory impact, made by the Ministry of Economic Development of Russia and the regional ministry from the standpoint of identifying legal risks. It is concluded that in modern Russia the tendency to increase not only the legislative culture, but also the legal culture of society in general is already visible, since various civil society institutions participate in conducting public consultations in the implementation of ODS. The concept, types, causes of the genesis of legal risks are researched. The author's concept of legal risks is proposed. The role of legal modeling in identifying legal risks is defined and proposed the author's concept of legal regulation model. The experience of identifying legal risks through ODS in the EU and countries of continental Europe, such as: Germany, France and Italy, was studied. It was concluded that there was a tendency towards convergence towards homogeneity of the objectives of conducting the assessment of the regulatory impact, since many countries of continental Europe in the national legislation institutionalize the determination of social and environmental consequences when conducting a prospective assessment of draft regulatory acts. The proposal to change the approaches to the assessment of the legislation applied in Russia is justified, it is proposed to include the financial and economic rationale in the structure of the implementation of the assessment of the regulatory impact. It was also proposed

to conduct the assessment of the regulatory impact for all, without exception, drafts of normative legal acts and state programs.



### Keywords

regulatory impact assessment; legal risks; classification of legal risks; criminological risks; legal modeling; legal exposure experience; financial and economic justification.

**For citation:** Arzamasov Yu. G. (2019) Regulatory Impact Assessment and Risks in Law: Experience of Russia and Continental Europe. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 5, pp. 4–31 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.4.31



### References

*Analysis of Corruption in Legislation: Memo to Expert* (2004) V. Yuzakov, ed. Moscow: Statute, 64 p. (in Russian)

Arkhipov D.A. (2012) *Distribution of contractual risks in civil law. Economic and legal study*. Moscow: Statute, 112 p. (in Russian)

Babaev M.M. (2018) Risks as a component of crime determination complex. *Vestnik Nizhegorodskoi akademii MVD*, no 1, pp. 104–110 (in Russian)

Bezrukov A.S. (2008) Legal model as a tool of legal science and practice. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Vladimir, 151 p. (in Russian)

Belyaev A.N., Derman D.O., Tsygankov D.B. (2011) Methodical approaches to the meta-evaluation of the quality of opinions on regulatory impact assessment. *Proiektirovanie, monitoring i otsenka*, no 1, p. 24 (in Russian)

Böhret C., Konzendorf G. *Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA). Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften Taschenbuch 2001*. Baden-Baden: Nomos, 355 S. (in German)

Cherdantsev A.F. (2012) *Logical and linguistic phenomena in jurisprudence*. Moscow: Norma, 320 p. (in Russian)

Didikin A.B. (2018) Introduction. *Regulatory Impact Assessment and Norms-Norms: collection of articles*. Ekaterinburg: Solution, 50 p. (in Russian)

Eltsov V.N. (2009) Legal experiment in modern Russia: problems of efficiency. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Tambov, 163 p. (in Russian)

Golodnikova A.E., Tsygankov D.B. (2018) “Targeting” of the regulatory impact assessment: international approaches and Russian practice. *Voprosy gosudarstvennogo i municipalnogo upravleniia*, no 4, p. 40 (in Russian)

Golodnikova A.E., Efremov A.A. et al (2018) *Regulatory policy in Russia: main trends and architecture of the future*. Moscow: Center for Strategic Research, 192 p. (in Russian)

Ivanov A.Yu., Bashkatov M.L. et al (2017) *Blocky at the peak of HYIP: legal risks and opportunities*. Moscow: HSE Publishers, 237 p. (in Russian)

Karpen U. (2008) *Gesetzgebundlehre-neuevaluiert*. Baden-Baden. p. 255. (in German)

Knight F. (2003) *Risk, uncertainty and profit*. Moscow: Delo, 360 p. (in Russian)

Krysin L.P. (2011) *Illustrated Dictionary of Foreign Words*. Moscow: Eksmo, 864 p. (in Russian)

- Kryuchkov R.A. (2015) Legal risk management: the concept and essence of the phenomenon. *Vestnik KSU*, no 6, pp. 153–156 (in Russian)
- Lukyanova Ye. A. (2015) *Constitutional risks*. Moscow: Kuchkovo Pole, 448 p. (in Russian)
- Kuzmin A., Tsygankov D. B. (2014) Emerging field of evaluation and the growth of the evaluation profession: the Russian experience. *Canadian Journal of Program Evaluation*, no 3, pp. 87–101 (in English)
- Mader L. (2002) Assessment of legislation — a contribution to improving the quality of laws. *Evaluation of laws and the efficiency of their adoption. Papers of the international seminar*. Moscow: State Duma Press, 152 p. (in Russian)
- Mamay E.A. (2012) *Efficiency of law enforcement procedures (theory, practice, technology)*. Moscow: Yurlitinform, 224 p. (in Russian)
- Mamchun V.V. (2016) Risk Culture in Legal Activities. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 10, pp. 400–406 (in Russian)
- Martirosyan A.G. (2009) The issue of risk in civil law of the Russian Federation. *Sovremennoye pravo*, no 9, p. 64 (in Russian)
- Oygenzikht V.A. (1972) *The risk in civil law*. Dushanbe: Irfon, p.225 (in Russian)
- Ozhegov S.I. (1978) *Dictionary of Russian language*. Moscow: Russian Language Press, 846 p. (in Russian)
- Pashkov A.S., Yavich L.S. (1970) The effectiveness of the law. *Sovetskoye gosudarstvo i pravo*, no 3, p. 41 (in Russian)
- Pletnikov V.S. (2016) Concept and types of models in modern domestic jurisprudence: theoretical legal study. *Yearbook of Institute of Physics and Ural Studies*, issue 2, pp. 121–135 (in Russian)
- Rogacheva O.S. (2011) *Efficiency of the rules of administrative and tort law*. Voronezh: University, 356 p. (in Russian)
- Salygin E.N. (2013) Modeling in law: issues and prospects. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 13–35 (in Russian)
- Sidorenko E.L. (2017) Criminological risks of cryptocurrency turnover. *Ekonomika, nalogi, pravo*, no 6, p.154 (in Russian)
- Shahbazyan A.A. (2011) Concept and significance of legal risks in civil law and ways to minimize them. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 5, pp. 128–136 (in Russian)
- Tikhomirov Yu.A., Lapina M.A. et al (2014) *The risk in the field of public and private law*. Moscow: Ot i do press, 310 p. (in Russian)
- Tikhomirov Yu. A. (2010) *Legal regulation: theory and practice*. Moscow: Formula law, 400 p. (in Russian)
- Voronin V.N. (2018) Criminal law risks of digital technology development: problem statement and methods of research. *Bulletin of Kutafin University*, no 12, pp. 73–80 (in Russian)
- Zakharova M.V. (2017) *French legal system: theoretical analysis*. Moscow: Prospect, 284 p. (in Russian)

# Интерпретация Европейским Судом по правам человека статьи 18 Европейской конвенции: основные проблемы и выводы

---



**А.Е. Гузий**

Ведущий юрист 2 категории, отдел градостроительных исследований и методического обеспечения, Институт территориального планирования «Град». Адрес: 644024, Российская Федерация, Омск, ул. Щербанева, 35. E-mail: artemy.guzy@yandex.ru

---



## **Аннотация**

Среди статей Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950) фигурирует ст. 18, устанавливающая пределы ограничения конвенционных прав. Однако практика ее применения за почти полувековую историю работы Европейского суда по правам человека не составила и 1% общего объема дел, рассмотренных им. В результате отсутствует научная литература, анализирующая механизмы толкования Суда при установлении данной нормы. Между тем ст. 18 в начале XXI в. стала одной из сопровождающих самые известные дела о защите интересов высоких политиков и руководителей национальных корпораций. Более того, большинство этих процессов, закончившихся признанием Судом нарушения ст. 18, были установлены в отношении государств бывшего СССР: России, Украины, Молдовы, Грузии, Азербайджана, Латвии. В результате анализа прецедентной практики Европейского Суда выделяется ряд особенностей, присущих процессам по доказыванию ст. 18 ЕСПЧ. Среди них отмечается субсидиарное применение ее в совокупности с другими статьями Конвенции, высокий стандарт доказывания, основанный на презумпции добросовестности государства, а также особенности предмета и средств доказывания. Углубленный анализ дела «Курт против Турции» показал несовершенство механизма высокого стандарта доказывания, оставляющего заявителя один на один с национальными органами государства. С учетом требования обращения в ЕСПЧ только лишь после исчерпания средств внутригосударственной защиты в Суде складывается практика, при которой заявитель, несмотря ни на что, не сможет доказать свою правоту только потому, что у государства-нарушителя есть возможность скрыть свою «недобросовестность». Это заканчивается формальным отказом Суда рассматривать нарушение ст. 18. Особенности предмета и средств доказывания во многом определяют появление изучаемой статьи в делах о преследовании лидеров оппозиции, глав государственных и частных корпораций. В интерпретационной деятельности Суда обнаруживается механизм вычисления «конфликта интересов государства», сформулированный по аналогии с известным институтом уголовного права.

---





## Ключевые слова

Европейский суд по правам человека, механизм толкования Суда, ограничение прав государством, высокий стандарт доказывания, субсидиарное применение нормы ЕСПЧ, конфликт интересов государства, абсолютное требование ограничения прав, унификация практики ЕСПЧ.

---

**Для цитирования:** Гузий А.Е. Интерпретация Европейским судом по правам человека статьи 18 Европейской конвенции: основные проблемы и выводы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 32–53.

УДК: 349.2

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.32.53

## Введение

Вторая мировая война стала для человеческого развития катализатором новых веяний международной политики. Это и установление войны в качестве международного преступления, и первое использование ядерного оружия (с последующим появлением договоров о запрете его использования), и как следствие установление массовости и неизбирательности действия как критерия запрещенности средства и метода ведения борьбы. Это начало биполярного мира и развития систем коллективной и региональной безопасности, начало работы Объединенных Наций, сплотившей вокруг себя как большинство государств (на данный период — 193), так и большинство сфер влияния (через уставные, специализированные, вспомогательные и договорные учреждения).

В этот же период происходит качественный скачок цивилизационного развития, итогом которого стал переход от государствоцентристской системы управления к человекоцентристской [Брусницын Л.В., 2013: 25], и принятие Всеобщей декларации прав человека (1948). Позднее, дополненная пактами и дополнительными протоколами к ним, Декларация образовала Международный билль о правах, являющийся в своем роде конституцией права прав человека.

В юридическом отношении это означало предоставление правосубъектности отдельному лицу, возможность отстаивать свои интересы в борьбе с государствами. Первым таким механизмом стали международные уголовные трибуналы. В 1960-х гг. начал работу первый наднациональный судебный орган защиты прав человека. Впервые за мировую историю гражданин смог в качестве правомочного субъекта выступить против государства в защиту своих конвенционных прав на независимой от государства площадке.

Среди них фигурирует ст. 18, впервые примененная в деле «Энгель (Engel) и другие против Нидерландов»<sup>1</sup>, где пять военнослужащих подали заявление против Нидерландов, обжалуя наложенные на них дисциплинарные взыскания (§ 52).

В их числе были граждане Шул и Дон, привлеченные к ответственности за политический памфлет, который они пытались опубликовать в газете воинской части, выпускавшейся методом трафаретной печати в казарме (§ 43). Описав там всю подноготную жизни воинской части, свое творение они закончили словами о незаконных действиях генералов, за что каждый был привлечен к дисциплинарной ответственности (§ 52). Военные считали, что привлечение к этому виду ответственности де-юре лишило их гарантий, предусмотренных ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950) (далее — Европейская конвенция, Конвенция, ЕКПЧ). Тогда все закончилось отказом (§ 93).

Прошло более 30 лет. Статья эта применялась за столь солидный промежуток времени немногим более 300 раз<sup>2</sup>. Капля в море, учитывая, что только по ст. 6 Европейским судом по правам человека (далее — Европейский суд, Суд, ЕСПЧ) вынесено уже более 25.000 постановлений<sup>3</sup>. Но интерес к этой норме вовсе не в популярности ее применения, а в делах, в которых признано ее нарушение.

Причины противоречий не лежат на поверхности, а куцая практика применения ст. 18 усложняет предмет исследования ученых всей Европы. Ситуация исключительна и тем, что при большом объеме работ о ЕСПЧ авторы редко уделяют внимание технике толкования норм в процессе рассмотрения дела, предпочитая анализировать правовой статус решений наднационального органа<sup>4</sup>, вопросы их исполнения<sup>5</sup> или анализ практики по конкретной статье (сфере регулирования) с выведением рекомендаций для правоприменителя<sup>6</sup>.

Среди всего пласта научных изданий даже труды классиков европейского права обошли стороной описываемую нами статью [Де Сальвия М.; 2004]. Долгое время единственным материалом, обнаруженным в литературе со-

<sup>1</sup> Engel and others v. The Netherlands, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int> (дата обращения: 30-03-2018)

<sup>2</sup> Available at: <http://hudoc.echr.coe.int> (дата обращения: 19-01-2018)

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> См., напр.: [Matefi R., Musan M., 2011, 117–120]; [Князев С.Д., 2016: 5–16]; [Шуберт Т.Э., 2015: 136–143]; [Иваненко А.А., 2015: 17–21]; [Любченко М.Я., 2013: 2–7].

<sup>5</sup> См., напр.: [Gazidede A., 2016: 103–111]; [Червонюк В.И., 2017: 15–22]; [Султанов А.Р., 2007: 79–85]; [Брусницын Л.В., 2013: 25–30].

<sup>6</sup> См., напр.: [Gençay G., 2016: 75–89]; [Radha D., 2013: 147–164]; [Качалова О.В., 2015: 10–17]; [Телюкина М., 2017: 83–87].

временности, был труд профессора А.И. Ковлера об особенностях толкования ст. 18 ЕКПЧ, опубликованный в 2012 г. [Ковлер А.И., 2012: 5–17].

Однако когорта громких дел, связанных с нарушением прав отдельных лиц в государствах-участниках Совета Европы, стала подспорьем для подготовки научной литературы, в том числе по вопросам применения статьи 18. В частности, статьи судьи от Швейцарии Х. Келлер, а также комментариев к Европейской конвенции [Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К., 2016: 1432].

Немаловажную роль в становлении изучаемой нами практики сыграл и феномен судейского активизма, так часто критикуемый за отсутствие объективных границ толкования Конвенции, порой приводящий вынесенное судебное решение в противоречие с национальным законодательством, с нормативными правовыми актами высшей юридической силы [Шуюпова С.В., 2017: 64–68]<sup>7</sup>.

Данные факторы предопределили размытость механизма толкования ст. 18 в каждом случае. Это на практике разрушает понимание перспективности дела при попадании его в одну из секций Суда. Сам ЕСПЧ объясняет это вспомогательным характером ст. 18, а также высоким стандартом доказывания<sup>8</sup>. Учитывая, что большинство дел о признании нарушения ст. 18 в XXI в. заслушаны против стран бывшего СССР и России, в частности, проблема понимания природы этой статьи наиболее актуальна.

Поэтому предметом исследования работы стали свойства, присущие ст. 18 Европейской конвенции, механизмы толкования ЕСПЧ, используемые при работе с ней, а также особенности правоотношений, расследуемых в процессе судебного разбирательства. Эмпирическую основу прежде всего составили материалы решений Европейского суда.

## 1. Субсидиарное применение ст. 18 Конвенции

В каждом втором решении по данной норме ЕСПЧ подчеркивает, что «ст. 18 не имеет автономного значения и может использоваться в совокупности с другими статьями Конвенции»<sup>9</sup>. Для уяснения этой мысли следует

---

<sup>7</sup> Речь идет в узком смысле о ситуациях в которых конституционными судами различных стран принимались акты о неприменимости решений ЕСПЧ ввиду их противоречия внутреннему законодательству. В России это, прежде всего, Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 19.01.2017 №1-П по «ЮКОС» и от 19.04.2016 N 12-П). В широком смысле — о любых решениях ЕСПЧ, вызывающих критику национальной власти.

<sup>8</sup> Каспаров (Kasparov) против Российской Федерации (жалоба № 53659/07) // СПС Консультант Плюс.

<sup>9</sup> Джафаров (Jafarov) против Азербайджана (жалоба № 69981/14). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int>(дата обращения:12-02-2018); Гусинский против Российской Федерации (жалоба № 70276/01). Available at: <http://europeancourt.ru>(дата обращения: 14-02-2018)

обратиться к самой статье<sup>10</sup>. Как видно, в ней отсутствует материальная составляющая — изначально не обозначен признак допускаемых ограничений, отсутствует конвенционное право (свобода). В итоге содержание ст. 18 для конкретного дела мы понимаем, лишь узнав его фабулу.

Возьмем, к примеру, дело «Сысоева и другие против Латвии»<sup>11</sup>. В требованиях к государству в ЕСПЧ Сысоевы ссылались на § 2 ст. 8. В статье среди прочего устанавливались цели, в отношении которых Конвенция допускает ограничение права на уважение частной и семейной жизни: национальная безопасность, общественный порядок, экономическое благосостояние страны, предотвращение беспорядков или преступлений, охрана здоровья или нравственности, защита прав и свобод других лиц.

Выходит, что в отношении конкретных лиц (в данном деле Сысоевых) ст. 18 звучала как конгломерат диспозиции самой нормы с целями и задачами, указанными в § 2 ст. 8, а именно: «Право на уважение частной и семейной жизни не может ограничиваться никакими целями, кроме интересов национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц». Таким образом, Суд в интерпретационной деятельности не только соотносит нормы указанных статей: он на базе двух норм создает третью, и действия государства квалифицирует уже через нее. Описанный механизм толкования в науке назван «методом защиты рикошетом» [Караманукян Д.Т., 2013:47], при котором в целях описания защиты права через использование других статей Конвенции создается новая норма.

Логическим продолжением здесь является правило: «Нарушение статьи может иметь место только в случаях, когда соответствующее право или свобода подлежат ограничениям, допускаемым согласно Конвенции»<sup>12</sup>. Исходя из расширительного толкования, сюда же следует относить и дополнительные протоколы к Конвенции<sup>13</sup>. Это значит, что если в норме Конвенции не указано целей, для достижения которых ограничение прав происходит, не-

---

<sup>10</sup> Ст. 18 Европейской конвенции: «Ограничения, допускаемые в настоящей Конвенции в отношении указанных прав и свобод, не должны применяться для иных целей, нежели те, для которых они были предусмотрены».

<sup>11</sup> Сысоева и другие заявители (Sisojeva and others) против Латвии (жалоба № 60654/00) // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2007. № 8. С. 45–64.

<sup>12</sup> Белоусов (Belousov) против Российской Федерации (жалобы № 2653/13 и 60980/14) // СПС КонсультантПлюс; Грузия (Georgia) против Российской Федерации (жалоба № 13255/07) // СПС Консультант Плюс; Мудаевы (Mudayevy) против Российской Федерации (жалоба № 33105/05) // СПС Консультант Плюс.

<sup>13</sup> Нолан и К. (Noland K.) против Российской Федерации (жалоба № 2512/04) // СПС Консультант Плюс.

возможно установить и нарушения ст. 18 в совокупности с такой статьей. Например, ст. 3 о запрете применения пыток выпадает из списка возможных для симбиоза со ст. 18, так как содержит абсолютное требование [Голубок С., 2018] такого запрета независимо от целей. В практике ЕСПЧ подобная ситуация описывается формулировкой «жалоба подлежит отклонению как не соответствующая положениям Конвенции *rationemateriae*»<sup>14</sup>.

Казалось бы, такая крепкая связка норм должна оцениваться Судом в совокупности. Однако Суд за основу это правило не взял. Например, в деле «Гусинский против Российской Федерации» заявитель ссылаясь на нарушение ст. 5 и 18 Конвенции, утверждая: «...мотив властей [ареста лица] состоял в желании заставить фактически замолчать принадлежащие ему средства массовой информации и, в частности, их критику в адрес российского руководства»<sup>15</sup>. Заявитель подчеркнул, что когда «Медиа-Мост» не выполнил «июльское соглашение», поскольку оно было заключено под принуждением, Генеральная прокуратура начала следствие по делу о займах «Медиа-Мост». «Июльским» г-н Гусинский назвал соглашение, подписанное 20.07.2000, по которому он продал свой бизнес ОАО «Газпром».

До подписания соглашения он находился под арестом по подозрению в совершении мошеннических действий при продаже прав на телеканалы общей стоимостью 10 млн. долл. США. Однако после заключения соглашения он был переведен в статус свидетеля, а также получил «гарантии безопасности, защиты прав и свобод, включая обеспечение права свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства, свободно выезжать за пределы Российской Федерации и беспрепятственно возвращаться в Российскую Федерацию» (§ 28).

Судом в данном деле было квалифицировано нарушение ст. 5, касающейся права на свободу и личную неприкосновенность (на которую ссылаясь заявитель). Однако в постановлении ЕСПЧ заметил: «Может иметь место нарушение ст. 18 Конвенции, рассматриваемой в связи с другой статьей, в то время как не может иметь место нарушение этой статьи, взятой самостоятельно. Более того, из формулировки ст. 18 Конвенции следует, что нарушение может иметь место только в случаях, когда соответствующее право или свобода подлежат ограничениям, допускаемым согласно Конвенции» (§ 73).

Для лучшего осознания механизма субсидиарности ст. 18 обратим внимание на норму, устанавливающую запрет дискриминации<sup>16</sup>. Эти статьи,

<sup>14</sup> Навальный и Офицеров против Российской Федерации (жалобы № 46632/13 и 28671/14) // СПС КонсультантПлюс.

<sup>15</sup> Гусинский против Российской Федерации // СПС Консультант Плюс.

<sup>16</sup> Ст. 14: «Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи,

несмотря на разницу содержания, сближает критерий дополнительного применения, так как, согласно решениям ЕСПЧ, ст. 14 Конвенции также «не действует самостоятельно, она представляет собой инструмент защиты каждого из прав, охраняемых Конвенцией. Статьи, воплощающие эти права, могут быть нарушены как таковые и/или в сочетании со статьей 14» [Де Сальвиа М.; 2004:742]. Из приведенного фрагмента становится ясным: субсидиарность ст. 18 (как и ст. 14) не является исключением из правил, а, скорее, представляет собой частный механизм защиты. Ни ст. 14, ни ст. 18 не гарантируют прав — они лишь устанавливают порядок «пользования правами и свободами человека» [Де Сальвиа М., 2004:746]. Выходит, что теоретически это один механизм защиты права человека в ЕСПЧ. Следовательно, нарабатанная практика применения ст. 14 может помочь в квалификации дела Гусинского по ст. 18. Однако в теории ст. 14 звучит, как будто она «...дополняет нормативные статьи Конвенции и Протоколов. Она не имеет самостоятельного значения, так как относится только к «пользованию правами и свободами», которые они гарантируют. Конечно, она может применяться даже без нарушения их требований и, в этой мере, она имеет самостоятельное значение, но она не должна применяться, если обстоятельства спора не подпадают под действие, по меньшей мере, одной из указанных статей» [Там же].

Воспользовавшись аналогией нормы в ситуации сходства механизмов защиты анализируемых правил поведения, мы приходим к выводу о смешанном — субсидиарно-автономном — характере нормы ст. 18, что делает дело Гусинского не «белой вороной» в практике субсидиарного применения нормы статьи, а «первым шагом» к формированию устойчивой практики применения статьи, исходя из природы механизмов ее защиты.

## 2. Высокий стандарт доказывания

Высокий стандарт доказывания, на наш взгляд, — это один из самых противоречивых механизмов в интерпретационной деятельности Суда. Так, Европейский суд обозначает правило, выведенное из толкования Конвенции: в отношении всех государств изначально действует *презумпция добро-совестности*, которая «как и большинство других презумпций... является опровержимой»<sup>17</sup>. С точки зрения ЕСПЧ государство, ограничивая право

---

языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам».

<sup>17</sup> ОАО «Нефтяная компания Юкос» против Российской Федерации (жалоба № 14902/04) // СПС Консультант Плюс.

человека, действует строго в рамках целей, заявленных Конвенцией, пока не установлено иного. Однако данный тезис кажется спорным, так как сама природа Суда, являющегося правозащитным органом, требует от него поддержки гражданина перед оппонентом, априорно находящимся с ним в статусе подчиняющегося субъекта.

Однако в связи со ст. 18 процесс рассматривается, как будто, наоборот: при выявлении истины по ст. 18 Конвенции заявитель, посчитавший, что его права ограничивались исходя из иных, нежели предусмотренные Конвенцией, целей государства, *обязан опровергать презумпцию самостоятельности*. Суд никаким образом не содействует ему в доказывании, а лишь трактует предложенные факты исходя из собственных убеждений.

Напомним, что заявителем в делах ЕСПЧ чаще всего выступает гражданин, считающий, что его неотъемлемые права нарушены государством — участником Конвенции. Однако он не вправе самостоятельно обратиться в ЕСПЧ напрямую, так как одним из критериев приемлемости жалобы будет являться исчерпание всех внутригосударственных средств защиты права. Учитывая, что все без исключения правоотношения в ЕСПЧ вытекают из публичного права, где человек не равен государству, у последнего есть возможность если не скрыть следы своей недобросовестности, то значительно затруднить поиск доказательств по делу.

Ярким примером является дело «Курт против Турции»<sup>18</sup>. В 1994 г. в ЕСПЧ поступила жалоба гражданки Турции К. Курт, потерявшей сына. Она выражала уверенность в том, что в исчезновении сына виновно государство. Однако факт задержания Ю. Курта (сына) могла подтвердить только она. Комиссия по правам человека (которая в то время выполняла функцию органа предварительного расследования в ЕСПЧ) пришла к выводам, что свидетельские показания не могут быть приняты ввиду того, что были получены через полицейские органы государства, а свидетели в Комиссию для дачи показаний не явились.

В последний раз заявительница видела сына в момент его ареста силами безопасности, проводившими военную операцию в месте проживания заявительницы. Позднее она обратилась в ряд национальных правоохранительных органов, на что везде получала ответ: задержания не было, а сына то ли забрали курды из Курдской рабочей партии, то ли он к ним ушел, примкнув к этой террористической организации (в России она таковой не считается).

Заявительница отмечала: «На юго-востоке Турции имеют место многочисленные и хорошо документированные факты пыток, происходят необъяснимые случаи со смертельным исходом среди задержанных и аресто-

<sup>18</sup> Kurt v. Turkey, Application no.24276/94. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int> (дата обращения: 24-02-2018)

ванных лиц, равно как и исчезновения людей» (§ 102). Согласно заявлению Курт, государство сознательно допускает практику исчезновения людей и не принимает никаких мер для ее прекращения. Власти не ведут протоколов задержания, что позволяет им в большинстве случаев отрицать факт задержания лиц.

Комиссия по правам человека в данной ситуации отмечала: «Правительство могло бы опровергнуть эту презумпцию путем достоверных и обоснованных объяснений по факту исчезновения Юзейира Курта, а также доказательств того, что властями были приняты эффективные меры по расследованию причин исчезновения и по выяснению его дальнейшей судьбы» (§ 121). Ведь «поскольку лицо оказалось под полным контролем властей, последние обязаны знать о его местонахождении. Поэтому на них возлагается обязанность принять действенные меры с целью защиты индивида от риска его исчезновения и незамедлительно провести эффективное расследование в случае поступления жалобы на арест лица, а затем — его исчезновения» (§ 124). По этой причине Суд неоднократно подчеркивал, что любое лишение свободы должно осуществляться не только в соответствии с основными процессуальными нормами национального права, но также отвечать целям ст. 5, то есть защищать от произвола властей» (§ 122).

В анализируемом деле на обращение заявительницы не реагировали ни прокурор, ни полиция. Однако при обращении Курт в ЕСПЧ правительство государства заявило о нарушении требования об исчерпании всех внутригосударственных средств защиты права. Из всех фактов получается, что: 1) на основании бездействия государства Суд сначала установил неприемлемость довода правительства, так как «все эффективные средства внутригосударственной защиты были исчерпаны»; 2) установил в этом бездействии грубое нарушение ст. 5, встав на сторону заявительницы; 3) однако лишь речь зашла о ст. 18 Конвенции, Комиссия не нашла в этом тезисе обоснований для признания ее нарушенной. Когда дело дошло до доказательств, со стороны Курт не было предъявлено документов, подтверждающих действия государства, как не было и доказательств, что государство намеренно не оформляло задержания на территории, где было введено военное положение.

Выходит, у Суда де-факто есть две презумпции. Первая используется при обращении заявителей без ссылки на ст. 18. Тогда ЕСПЧ требует доказательств невиновности у самого государства. Вторая презумпция фактически означает, что человек, обратившийся в ЕСПЧ, должен добыть неопровержимые доказательства виновности государства без помощи правозащитного органа и его интерпретационных механизмов. Однако, как показало дело Курт, такая практика лишает заявителя механизмов отстаивания позиции.

Не удивительно, что в этой ситуации некоторые судьи ЕСПЧ говорят о необходимости более жесткого применения данной статьи для защиты от



антидемократических тенденций, которые, представляя собой законные ограничения прав, фактически нарушают и подрывают права человека и принципы демократии [Keller H., Corina H., 2016: 4]. По мнению авторов, Суд не всегда может слепо ожидать от государств добросовестного выполнения своих обязательств по Конвенции; Суду необходимо активизировать прецедентную практику путем изменения своего чрезвычайно высокого стандарта доказывания. Отсюда предложение — ст. 18 сделать инструментом, с помощью которого Суд мог бы дать однозначный сигнал недемократическим государствам, оставаясь верным задаче, которая является частью смысла его существования [Keller H., Corina H., 2016: 10].

Сложная процедура доказывания факта недобросовестности государства при ограничении прав породила и свой предмет и средства доказывания.

### **3. Особый предмет и средства доказывания**

Львиная доля решений ЕСПЧ с признанием нарушения ст. 18 — это публичные обвинительные процессы, связанные либо с привлечением лица к ответственности, либо с определением степени его вины в правонарушении. Даже выбившаяся из этой когорты дел г-жа Сысоева (в отношении которой нарушение ст. 18 признано не было) на практике также подвергалась административному преследованию, целью которого была ее высылка из страны как лица, не имевшего соответствующих документов.

Основными сферами положительного применения ст. 18 на практике стали две. Первая группа касается вопросов преследования лиц — глав государственных и частных корпораций. Одним из таких примеров может быть дело «Гусинский против Российской Федерации». Сюда же можно отнести и дело «Чеботари против Молдовы»<sup>19</sup>. Данный гражданин возглавлял молдавскую государственную электроэнергетическую компанию «Молдтрансэлектро», поставлявшую электроэнергию, доставляемую из Украины, государственным организациям. В результате экономической схемы, в которой приняли участие две государственные организации со стороны Украины и Молдовы, а также две частные, осуществляющие прямые поставки друг другу, «Молдтрансэлектро» оказалось должником перед частной молдавской компанией «Оферта Плюс», рассчитавшейся с частной украинской компанией за поставку электроэнергии. С целью расчета они запросили выпуск облигаций для «Оферта Плюс». Однако на указанную в облигациях дату расчет не был произведен. В результате судебных процессов суд установил право «Оферта Плюс» на причитающиеся суммы (§ 6–14).

<sup>19</sup> Чеботари против Молдовы (жалоба № 35615/06) // СПС Консультант Плюс.

Однако государством впоследствии был запущен другой процесс, базирующийся на данных, что поставляемая электроэнергия шла не только государственным учреждениям. В связи с этим государство задержало главу «Молдтрансэлектро» с целью дачи показаний против «Оферта Плюс», вынуждая частную компанию отозвать заявление из суда (§ 25, 31–33). После оправдания Чеботари в национальных судах им была запущена процедура привлечения власти к ответственности, закончившаяся заявлением в ЕСПЧ.

Судом, как и в деле Гусинского, было признано нарушение ст. 18 Европейской конвенции, так как, по мнению Суда, «реальной целью уголовного разбирательства, а также ареста заявителя и его содержания под стражей было оказание на него давления, чтобы заставить компанию прекратить разбирательство данного дела в Суде. Поэтому Суд считает, что ограничение права заявителя на свободу преследовало другие цели, нежели предусмотренные статьей 5» (§ 53).

Вторая группа дел, выделяемая по субъекту разбирательства, касается преследования политических активистов и видных оппозиционеров. Примеров здесь гораздо больше. Остановимся на самых известных. Среди них жалоба бывшего министра внутренних дел Украины и лидера оппозиционной партии «Народная самооборона» Ю.В. Луценко<sup>20</sup>. В ней он жаловался, что уголовное дело и его арест по подозрению в превышении должностных полномочий были использованы властями, чтобы «исключить его из политической жизни и помешать ему участвовать в предстоящих парламентских выборах» (§ 100). Отметим, что сам заявитель не ссылаясь на разбираемые нами положения Конвенции. Но Суд проявил инициативу и предписал, что «эта жалоба должна быть рассмотрена в рамках ст. 18 Конвенции», что вообще не характерно для высокого стандарта доказывания.

Кстати, в деле «Санди таймс» против Соединенного Королевства<sup>21</sup>, рассмотренном в 1979 г., суд исключил эту норму на основании молчаливого согласия заявителя (в абсолютно аналогичной по форме ситуации). На наш взгляд, такой пример является олицетворением тезиса А.И. Ковлера о «водоразделе между практикой применения ст. 18 прежней Комиссией и Судом и «новым» Судом» [Ковлер А.И., 2012: 9].

Что могло так повлиять на решение Суда, прецедентная практика которого является составной частью правовых систем почти полусотни государств мира, непонятно. Однако критерии нарушения ст. 18 ЕКПЧ в отношении Ю.В. Луценко, послужившие признанию нарушенного права, были обозначены: статус обратившегося субъекта — бывший министр, обвиненный

---

<sup>20</sup> Луценко против Украины (жалоба № 6492/11) // СПС КонсультантПлюс.

<sup>21</sup> «Санди таймс» (The Sunday Times) против Соединенного Королевства (жалоба № 6538/74). Available at: <https://hudoc.echr.coe.int> (дата обращения: 10-02-2018)

в злоупотреблении полномочиями после смены власти (§ 104); показания внешних наблюдателей, описывавших ситуацию как политически мотивированные преследования лидеров оппозиции (§ 105); личность заявителя привлекала большое внимание (§ 105); право заявителя как лидера оппозиции на комментарий через СМИ по предъявленным обвинениям (§ 105); следственные органы государства одной из причин наложения ареста обозначали связь лица со СМИ (§ 106).

Близким к аналогичному для ЕСПЧ стало дело другого «самого сильного лидера оппозиции» (§ 291) — Ю.Тимошенко<sup>22</sup>, которая уже самостоятельно заявила о нарушении ст. 18. В этом случае оспаривалось действие национального суда, который, изменяя Тимошенко меру пресечения с подписки о невыезде на содержание под стражей из-за опоздания на одно из заседаний и неуважения к суду, по мнению ЕСПЧ, не обосновал в достаточной мере принятое решение (§ 269–270).

Однако нас интересует схожий с делом «Луценко против Украины» контекст, применяемый Судом для разбирательства ареста Тимошенко. ЕСПЧ вновь обращает внимание на то, как «многие национальные и международные наблюдатели, в том числе различные неправительственные организации, средства массовой информации, дипломатические круги и общественные деятели считают, что эти события являются частью политически мотивированного преследования лидеров оппозиции в Украине» (§ 296). В обоих случаях Суд признал нарушение государством ст. 18 Конвенции, фактически обозначив второй вид субъектов, если ни закрепив за ними политические права и свободы, то защитив их от нарушения государствами.

В целом обращает на себя внимание факт, что большинство положительно рассматриваемых дел по ст. 18 коммуницированы в отношении стран постсоветского пространства: помимо Украины здесь Молдова, Грузия<sup>23</sup>, Азербайджан<sup>24</sup>, Россия и Латвия. Возможно, это следует связывать с процессами укрепления власти в государствах бывшего СССР.

Продолжим ознакомление с делами — уже в отношении Азербайджана. И. Маммадов (иногда пишут: Мамедов) — оппозиционный политик, видеоблогер, прибыв в Исмаиллы, где днем ранее прошли массовые беспорядки, усомнился в официальной версии начала беспорядков, выдвигаемой государством, о чем заявил в видеоблоге. Уже на следующий день ряд государственных органов в совместном заявлении отметил, что слова блогера

<sup>22</sup> Тимошенко против Украины (жалоба № 49872/11) // СПС Консультант Плюс.

<sup>23</sup> Мерабишвили против Грузии (жалоба № 72508/13) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2017. № 3. С. 36.

<sup>24</sup> Джафаров против Азербайджана (жалоба № 69981/14) // Там же. 2016. № 8. С. 41; Маммадов против Азербайджана (жалоба № 15172/13) // Там же. 2014. № 9. С. 15.

«получат правовую оценку». Позднее ему были предъявлены обвинения по статьям Уголовного кодекса Азербайджана «Организация и участие в действиях, направленных против общественного порядка» и «Оказание сопротивления полиции с применением силы».

Из всего контекста информации, по большей части схожей с ситуацией в «украинских» делах, выделяется тезис: «Материалы дела не свидетельствуют о том, что прокуратура располагала объективной информацией, вызывающей добросовестное подозрение в отношении заявителя в то время, и не было установлено, что она имела подробную информацию или свидетельские показания до его задержания».

То есть Судом момент задержания характеризуется как незаконный, на основании лишь бездействия государства, не представившего в защиту своей позиции никаких аргументов. Станный тезис, учитывая, что задержание произошло за «незаконные действия, направленные на обострение ситуации в стране». Вообще выглядит как отступление от «высокого стандарта доказывания». И является полным противоречием дела Курт, разобранным ранее. Очевидно, у государства была другая версия произошедшего. Однако с ней Суд не посчитался.

Еще одно дело из Азербайджана: Р. Джафаров — видный правозащитник, задержанный властями за нарушение законодательства о финансовой деятельности неправительственных правозащитных организаций (НПО). Был задержан и привлечен к ответственности после того, как нарушил порядок отчетности по грантам. Нарушение ст. 18 вновь признано, но уже по следующим признакам: необоснованно жесткое и ограничительное законодательное регулирование деятельности и финансирования НПО; многочисленные заявления высокопоставленных должностных лиц и статьи проправительственных СМИ, в которых жестко критиковались местные НПО и их руководители; несколько активистов, ранее сотрудничавших в том числе с Советом Европы, были задержаны и обвинены в тяжких преступлениях.

Подводя итоги, следует отметить, что никакие другие сферы применения норм по субъектам-заявителям ЕСПЧ не обозначил своей положительной практикой. Значит, в прецедентной практике ЕСПЧ выделяются две сферы, становящиеся реальными в деле признания нарушений ст. 18 Конвенции: 1) дела глав государственных и частных корпораций; 2) дела политических деятелей национального уровня.

Немного о средствах доказывания. Исходя из изученной практики Суда, большая часть дел, рассмотренных в процессе подготовки статьи, явно свидетельствовала о том, что Суд опирается на следующие факты:

1) соотношение установленных юридических фактов и их ретроспектива в хронологической последовательности. Примеры логики ЕСПЧ: Гусинский подписал «июльское соглашение», после чего был отпущен из-под ареста;

Маммадов опубликовал информацию и на следующий день был задержан (т.е. он был задержан до того, как у власти появились объективные основания такого задержания). Именно по этому признаку ЕСПЧ не пришел к мнению относительно нарушения ст. 18 в деле Ходорковского<sup>25</sup>. Суд установил нарушение ст. 5 Конвенции, однако ретроспектива юридических фактов не говорила о том, что уголовное дело в отношении него связано лишь с политическими мотивами;

2) мнение общественности: в деле Тимошенко, комментируя свой вывод о политической подоплеке, приводили тезис о «значительном внимании [к делу Тимошенко] как на национальном, так и на международном уровнях»; травлю активистов в Азербайджане подтверждали текстами проправительственных СМИ, называвших их «врагами народа».

Очень часто в таких делах привлекается большое количество национальных и международных наблюдателей, применяются выдержки из заключений Венецианской комиссии, приглашаются для дачи показаний организации по защите прав человека и иногда — Комиссар по правам человека (как в деле Джафарова).

Ни первого средства доказывания, ни второго не было ни в деле Сысоевой, ни в деле Курт, ни в иных рассмотренных нами делах. Отсюда становится понятным формальный, порой даже немотивированный отказ ЕСПЧ в рассмотрении вопроса квалификации ст. 18: в подобных делах просто отсутствуют применяемые средства доказывания. Это косвенно подтверждает и ЕСПЧ, который, разглядев описанные средства доказывания в деле Луценко, квалифицировал действия Украины как возможное нарушение изучаемой статьи.

Следует согласиться с А.И. Ковлером, что политический процесс не берет верх на заседаниях ЕСПЧ. Общественный интерес вокруг персоны создает подобие саморегулируемого общества, которое подключается к поиску доказательств опровержения презумпции добросовестности государства. Чем известнее личность заявителя, тем больше возможностей у него через создавшийся вокруг него ареал «сочувствующих» доказать неправоту государства по ст. 18.

#### **4. Конфликт интересов государства**

Еще один механизм, обнаруженный в ходе изучения практики ЕСПЧ. Этот механизм крайне напоминает известный каждому юристу институт современного уголовного права — определение пределов необходимой обороны. Главным базисом непревышения служит тезис: «Вред причиненный не должен превышать потенциально предотвращенного вреда». Таким обра-

<sup>25</sup> Ходорковский и Лебедев против Российской Федерации (жалобы № 11082/06 и 13772/05) // СПС Консультант Плюс.

зом, выражаясь фигурально, правоприменитель создал прообраз весов, одна часть которых всегда должна превышать вторую, и в зависимости от перевеса чаш деяния определяется виновность лица в совершении преступления.

Европейский Суд, на наш взгляд, создал что-то подобное. Только на весах у него иные объекты исследования. В уже упомянутом деле «Ходорковский и Лебедев против Российской Федерации» чашами весов служит правило, обозначенное самим Европейским Судом: «...должно учитывать, что политический процесс и судопроизводство имеют фундаментальные отличия». Начиная разбирать дело, квалифицируя факты относительно ст. 18 ЕКПЧ, суд обращает внимание на иные, нежели правовые мотивы<sup>26</sup>.

Этот механизм на примере дела «Ходорковский и Лебедев против Российской Федерации» выглядит следующим образом.

Правовые мотивы	Политические мотивы (и иные)
<p>ЕСПЧ уже рассматривал и отклонил сходную (хотя и не идентичную) жалобу в первом деле первого заявителя и в деле «ЮКОСа» (§897);</p> <p>с учетом малочисленности прецедентной практики в соответствии с этим конвенционным положением в каждом новом деле, в котором выдвигаются утверждения о ненадлежащих мотивах, ЕСПЧ должен проявлять особую старательность (§ 898);</p> <p>заявители сознавали, что они не имеют прямых доказательств ненадлежащих мотивов;</p> <p>они построили свою позицию на контекстуальных доказательствах и авторитетных мнениях (оба — § 902);</p> <p>Суд полагает, что, даже если видимость говорит в пользу утверждений заявителя о ненадлежащих мотивах, бремя доказывания должно оставаться у него. Это подтверждает его позиция в том, что заявитель, ссылающийся на недобросовестность властей, должен «убедительно доказать», что их действия направлялись ненадлежащими мотивами. Таким образом, стандарт доказывания в подобных делах высок (§ 903);</p> <p>«высокий политический статус не приносит иммунитета» (§ 903);</p>	<p>очевидно, что власти стремились уменьшить политическое влияние «олигархов»;</p> <p>бизнес-проекты «ЮКОСа» противоречили нефтяной политике государства;</p> <p>государство было одним из основных выгодоприобретателей в расчленении «ЮКОСа» (все — §901);</p> <p>В постановлении ЕСПЧ по делу «Луценко против Украины» Суд указал следующее: «Обстоятельства настоящего дела позволяют предположить... что задержание и заключение под стражу заявителя, которые были предприняты после окончания расследования против заявителя, имели заметные особенности, которые позволяют Суду подойти к вопросу с точки зрения более общего контекста политически мотивированного преследования лидера оппозиции» (§ 904);</p>

<sup>26</sup> Так сложилась практика, что в большинстве случаев это вызвано политической деятельностью заявителя и его экономическим положением. Однако теоретически тут может быть любая другая цель, не соотносимая с целью правосудия, указанной в Конвенции.

Правовые мотивы	Политические мотивы (и иные)
<p>заявители не жаловались на изолированный случай, они пытались доказать, что «весь правовой механизм государства-ответчика в настоящем деле изначально являлся средством злоупотребления, что с начала и до конца власти действовали недобросовестно и с явным пренебрежением Конвенцией». По существу заявители пытались убедить Суд, что все в их деле противоречило Конвенции и что их осуждение было, таким образом, недействительным. Данное утверждение очень серьезно, оно выступает против общей презумпции добросовестности публичных органов и поэтому требует особенно веских доказательств в свою поддержку (§ 905);</p> <p>в конечном счете ни одно из обвинений против них не касалось политической деятельности в строгом смысле, даже косвенно;</p> <p>заявители не являлись оппозиционными лидерами или публичными должностными лицами;</p> <p>вменявшиеся им действия не были связаны с участием в политической деятельности, реальной или воображаемой — они преследовались за общеуголовные преступления, такие как уклонение от уплаты налогов, мошенничество и так далее (все — § 906);</p> <p>ЕСПЧ напоминает в этом отношении свой подход в постановлении по делу «Хэнди-сайд против Соединенного Королевства» от 7.12.1976, в котором Суд установил, что, хотя в решении о запрете распространения книги заявителя имелся политический элемент, он не был решающим, и что «основная цель» осуждения соответствовала провозглашенной властями, что было «законным» в соответствии со статьей 10 Конвенции (§ 907);</p> <p>элементы «ненадлежащей мотивации», которые могли существовать в настоящем деле, не делали преследование заявителей незаконным «от начала до конца»: остается фактом, что обвинения против заявителей были серьезными, что дело против них имело «здоровую основу» и что даже если их преследование имело смешанную природу, это не предоставляло им иммунитета при ответе на обвинения (§ 908).</p>	<p>Суд не исключает, что, ограничивая некоторые права заявителей на протяжении разбирательства, отдельные органы власти или должностные лица государства могли иметь «скрытые мотивы» (§906);</p> <p>Суд готов признать, что некоторые политические группы или должностные лица правительства имели свои причины для продолжения преследования заявителей. Однако этого недостаточно для заключения о том, что в противном случае заявители не были бы осуждены (§ 908).</p>

Как видим, импровизированная чаша весов в данном случае оказалась на стороне правовых аргументов, преодолеть которые заявители оказались неспособны. Однако, например, анализ дела Гусинского обнаруживает, что примерно в том же соотношении фактов суд пришел к мнению о политичности действий государства-ответчика. Проблема в этой сфере кроется, прежде всего, в несформированности всей практики по ст. 18 в целом, что приводит к широкой автономии судейского толкования, а, значит, к уменьшению шансов предсказуемости результата рассмотрения Судом отдельного дела.

Думается, именно в этом кроется ключ последних разбирательств в деле Навального. В особом мнении судей Николау, Келлер и Дедова поднимается схожая проблема квалификации с. 18, где «...Судом было допущено «произвольное и непредсказуемое толкование [национального законодательства] в ущерб заявителям, что привело к явно необоснованному исходу судебного разбирательства.... Последствия такого искажения закона — шельмование оппозиционеров, чтобы заставить их замолчать под угрозой уголовного преследования, — относится именно к тем злоупотреблениям, защищать от которых должна статья 18»<sup>27</sup>.

## Заключение

Как известно, в январе 2018 года Большой палатой ЕСПЧ было пересмотрено дело по признанию нарушений со стороны России ст. 5 и 6 Конвенции, связанных с арестом оппозиционера, неоднократным привлечением его к административной ответственности. Заявителем утверждался, помимо прочего, политический мотив данных действий<sup>28</sup>. Однако четырьмя голосами против трех (Судей от Андорры, Испании и Швейцарии) [Анищик О., 2017] в признании ст. 18 нарушенной было отказано. Таким образом, дело Суду представляется трудным для квалификации, так как в нем присутствует, как было обозначено в деле Ходорковского, «здоровая основа» со «скрытыми мотивами».

Интересно особое мнение судей Гуэрры, Келлер и Виланова, не согласившихся с такой трактовкой событий, а отметивших, что «мы обеспокоены повторяющимися и имеющими конкретный характер нарушениями статьи 5. Повторяющиеся, систематические или целенаправленные аресты таких активистов, как заявитель, могут оказывать сдерживающее воздействие на политическое самовыражение и сдерживать деятельность оппозиционных

---

<sup>27</sup> Навальный и Офицеров (Navalnyy and Ofitserov) против Российской Федерации (жалобы № 46632/13 и 28671/14) // СПС Консультант Плюс.

<sup>28</sup> *Navalnyy v. Russia*, applications nos. 29580/12 and 4 others. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170655> (дата обращения 23-03-2018)



субъектов. В результате этого лишение таких лиц свободы без каких-либо дополнительных оснований в качестве метода подавления критики власти прямо подпадает под действие статьи 18 Конвенции»<sup>29</sup>. Получается, активизм указанных судей вновь сформулировал одно из средств доказывания нарушений: неоднократность и повторяемость однородных нарушений, имеющих политический мотив. На наш взгляд, исходя из этого, дело Навального в Большой палате ЕСПЧ закончится поражением России и признанием за ней нарушения целей ограничения прав заявителя.

При подведении итогов вышеизложенного, напрашивается образ: Суду удается каждый раз проходя подобно Одиссею между Сциллой политики и Харибдой юридической техники толкования, добывать все новые механизмы обеспечения ст.18 ЕКПЧ.

Перспективным процессуальным решением проблемы видится ратификация Протокола № 16, согласно которому высшие суды государств смогут запрашивать у Суда консультативные заключения по вопросам о принципах, касающихся толкования или применения прав и свобод, гарантированных Конвенцией и протоколами к ней. Однако и у этой идеи есть минусы:

Памятуя о среднем времени рассмотрения жалоб в ЕСПЧ (около трех лет) и отсутствии нормы о сроке дачи такого заключения государству, процедура может затянуться на неопределенный срок [Шуюпова С.В., 2017:68]. Не добавляет оптимизма и тот факт, что органом, ответственным за дачу заключения, является Большая палата Суда, обладающая сравнительно небольшими ресурсами.

Учитывая, что исчерпание всех средств внутригосударственной защиты возможно уже на этапе рассмотрения дела в высшем суде субъекта Российской Федерации, необходимо закрепить за ним право на обращение в ЕСПЧ, так как наличие подобного права только у Верховного Суда Российской Федерации вряд ли будет эффективным инструментом соотношения позиций государства и наднационального юрисдикционного органа. Дело в том, что в Верховном Суде не действует принцип сплошного рассмотрения поступающих жалоб, а это означает, что право на обращение за разъяснениями, которое суды во избежание будущих споров с государством могли бы использовать, останется в большинстве случаев неисполнимой декларацией.

Возникают вопросы к правовой природе таких соглашений, ибо, если они будут иметь рекомендательную юридическую силу, не значит ли это, что при дальнейшем поступлении жалобы в ЕСПЧ судьи вправе будут отойти от такого подхода, породив еще больше противоречивости в работе Суда. И наоборот, не станет ли это заключение предвестником проигрыша дела в случае непринятия заключения национальным судом во внимание.

<sup>29</sup> Case of Navalnyy v. Russia.

Несмотря на процессуальные трудности, описанные нами выше, в целом материальные нормы Протокола № 16 могут помочь в унификации сферы применения нормы ст. 18 ЕКПЧ, расширения механизмов и средств доказывания нарушений по ней. Пока практика ЕСПЧ прямо намекает на количество рассмотренных по ст. 18 дел, составляющих меньше 1% за все время существования данного органа наднациональной юстиции.



## Библиография

Анищик О. ЕСПЧ пересмотрит свое решение по жалобам Навального. <http://europeancourt.ru/2017/05/30/26777/> (дата обращения: 25-03-2018)

Брусницын Л.В. Значение решений ЕСПЧ для национального уголовного судопроизводства и проблемы их учета в государствах-членах Совета Европы (к реформе Конвенции о защите прав человека и основных свобод) // Государство и право. 2013. N 2. С. 25–30.

Голубок С. ЕСПЧ задал параметры применения ст. 18 Конвенции о защите прав человека. Available at: URL: [http://rapsinews.ru/international\\_publication/20171201/281158523.html#ixzz5BR78Uhr7](http://rapsinews.ru/international_publication/20171201/281158523.html#ixzz5BR78Uhr7) (дата обращения: 14-02-2018)

Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб., 2004. 1072 с.

Иваненко А.А. Формы и пределы интерпретационной деятельности Европейского Суда по правам человека // Вестник Омской юридической академии. 2015. N 4. С. 17–21.

Караманукян Д.Т. Акты Европейского Суда по правам человека. Омск: Омская юридическая академия, 2013. 96 с.

Качалова О.В. Право на защиту в интерпретации ЕСПЧ // Уголовный процесс. 2015. N 1. С. 10–17.

Князев С.Д. Обязательность постановлений ЕСПЧ в правовой системе России (на основе практики Конституционного Суда Российской Федерации) // Журнал российского права. 2016. N 12. С. 5–16.

Ковлер А.И. Статья 18 Европейской конвенции по правам человека: есть ли пределы ее толкования? // *Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека*. 2012. N 5. С. 5–17.

Любченко М.Я. Постановления Европейского Суда по правам человека — источник гражданского процессуального права России? // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. N 2. С. 2–7.

Султанов А.Р. Правовые последствия постановлений ЕСПЧ для лиц, участвовавших в рассмотрении дела, и третьих лиц // Арбитражная практика. 2007. N 7. С. 79–85.

Телюкина М. Практика ЕСПЧ в делах, связанных с ответственностью по долгам унитарного предприятия // *Хозяйство и право*. 2017. N 4. С. 83–87.

Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К. Право Европейской Конвенции по правам человека. М.: Развитие правовых систем, 2016. 1432 с.

Червонюк В.И. Имплементация решений ЕСПЧ в национальное законодательство (современный аспект) // Конституционное и муниципальное право. 2017. N 7. С. 15–22.

Шуберт Т.Э. Имплементация решений ЕСПЧ в национальное законодательство // Журнал российского права. 2015. N 6. С. 136–143.

Шуюпова С.В. Феномен активизма судей Европейского Суда по правам человека: возможно ли лавирование между принципом субсидиарности и «эволюционным толкованием»? // Конституционное и муниципальное право. 2017. N 3. С. 64–68.

Corina H. Merabishvili, Mammadov and Targeted Criminal Proceedings: Recent Developments under Article 18 ECHR. Available at: <https://strasbourgobservers.com/2017/12/15/merabishvili-mammadov-and-targeted-criminal-proceedings-recent-developments-under-article-18-echr/> (дата обращения: 04-02-2018)

Gazidede A. European Council's member states' jurisdiction regarding the execution of court decisions and it's issues. *Academicus*, 2016, no 13, pp. 103–111.

Gençay G. Issue of property rights infringement through annulment decisions in forest areas. *Istanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, 2016, no 1, pp. 75–89.

Keller H., Corina H. Selective Criminal Proceedings and Article 18 ECHR: The European Court of Human Rights' Untapped Potential to Protect Democracy. *Human Rights Law Journal*, 2016, no 6, pp. 1–10.

Matefi R., Musan M. EC case law and its impact on the evolution of administrative liability, state liability for infringement. *Bulletin of Transylvania University*, 2011, no 1, pp. 117–120.

Radha D. The Right to a Fair Trial and International Cooperation in Criminal Matters: Article 6 ECHR and the Recovery of Assets in Grand Corruption Cases. *Utrecht Law Review*, 2013, no 4, pp. 147–164.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 5

### The European Court of Human Rights Interpretation of the European Convention Article 18: Issues and Conclusions



**Artemiy Guzyi**

Leading Lawyer, Urban Studies and Methodology Department, Institute of Territorial Planning. Address: 35 Scherbaneva Str., Omsk 644024, Russia. E-mail: [artemy.guzyi@yandex.ru](mailto:artemy.guzyi@yandex.ru)



#### **Abstract**

Among the articles of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, article 18 sets forth the boundaries of limitation of conventional rights. However, its practice for almost half a century of the work of the European Court of Human Rights did not constitute a percentage of the total amount of cases that it reviewed. As a result, there is no research literature analyzing the mechanisms of interpretation of the Court in establishing this norm. Meanwhile, during the period of the beginning of the 21st century, one of the most well-known cases on protecting the interests of high-ranking politicians and heads of national corporations became one of them. Moreover, most of these procedures, which ended in the recognition of a violation of Article 18, were established by the Court in respect of the former Soviet states: Russia, Ukraine, Moldova,

Georgia, Azerbaijan, Latvia. As a result of the analysis of the case law of the European Court, there are a number of features which characterize the process of proving Article 18 of the ECHR. Among them is a subsidiary application of it in combination with others, a high standard of proof based on the presumption of good faith of the state, as well as features of the object and means of proof. A thorough analysis of the case «Kurt v. Turkey» showed the imperfection of the mechanism of a high standard of proof, leaving the complainant one-on-one with the national authorities of the state. Taking into account the requirement of applying to the European Court, it is only after exhausting the means of domestic protection that the Court develops a practice in which the Applicant, despite everything, cannot prove its rightness simply because the offending state has the opportunity to conceal its «unfairness», which ends with a formal refusal to review violating Article 18. The features of the object and the means of proof largely predetermine the appearance of the article under study in cases of persecution of opposition leaders, heads of state and private corporations. In the Court's interpretation activities, a mechanism is found for calculating the «conflict of state interests», formulated by analogy with well-known institution of criminal law.



### Keywords

European Court of Human Rights, mechanism of interpretation, restriction of rights by the state, high standard of proof, subsidiary application of the ECHR article, conflict of interests of the state, absolute demand for restriction of rights, unification of the ECHR practice.

**For citation:** Guzyi A.E. (2019) The European Court of Human Rights Interpretation of the European Convention Article 18: Issues and Conclusions. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 5, pp. 32–53 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.32.53



### References

Anishchik O. (2018) European Court will is to review the opinion on the claims of Navalniy. Available at: URL: <http://europeancourt.ru/2017/05/30/26777/> (accessed: 25-03-2018) (in Russian)

Brusnitsyn L.V. (2013) European Court and national criminal procedure in the states of the Council of Europe. *Gosudarstvo i pravo*, no 2, pp. 25–30 (in Russian)

Chervonyuk V.I. (2017) Implementation of the European Court decisions and national legislation. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 7, pp. 15–22 (in Russian)

Corina H. (2017) Merabishvili, Mammadov and Targeted Criminal Proceedings: Recent Developments under Article 18 ECHR. Available at: <https://strasbourgobservers.com/2017/12/15/merabishvili-mammadov-and-targeted-criminal-proceedings-recent-developments-under-article-18-echr/> (accessed: 9.04.2019)

De Sal'via M. (2004) *European law cases. Guidelines. Practice 1960-2002*. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr press, 1072 p. (in Russian)

Gazidede A. (2016) European Council's member states' jurisdiction regarding the execution of court decisions and its issues. *Academicus*, no 13, pp. 103–111.

Gençay G. (2016) The Problem of property rights infringement through annulment decisions in forest areas. *Istanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, no 1, pp. 75–89.

- Golubok S. (2018) Article 18 in the Convention on the Protection of Human Rights. Available at: URL: [http://rapsinews.ru/international\\_publication/20171201/281158523.html#ixzz5BR78Uhr7](http://rapsinews.ru/international_publication/20171201/281158523.html#ixzz5BR78Uhr7) (accessed: 14-02-2018)
- Kharris D., O'Boyl M., Uorbrik K. (2016) *The Law of the European Convention on Human Rights*. Moscow: Razvitie pravovykh sistem, 1432 p. (in Russian)
- Ivanenko A.A. (2015) Forms and limits of the interpretation for the European Court]. *Vestnik Omskoy yuridicheskoy akademii*, no 4, pp. 17–21 (in Russian)
- Karamanukyan D. T. (2013) *European Court cases*. Omsk: Juridical Academy, 96 p. (in Russian)
- Kachalova O.V. (2015) Right to protection interpreted by the European Court. *Ugolovnyy protsess*, no 1, pp. 10–17 (in Russian)
- Keller H., Corina H. (2016) Selective Criminal Proceedings and Article 18 ECHR: The European Court of Human Rights' Untapped Potential to Protect Democracy. *Human Rights Law Journal*, no 6, pp. 1–10.
- Knyazev S.D. (2016) Obligatory nature of the European Court decisions for Russian legal system. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 12, pp. 5–16 (in Russian)
- Kovler A.I. (2012) Article 18 of the European Convention on Human Rights. *Prava cheloveka. Praktika Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka*, no 5, pp. 5–17 (in Russian)
- Lyubchenko M. Ya. (2013) Are the decisions of the European Court a source of law for Russia? *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess*, no 2, pp. 2–7 (in Russian)
- Matefi R., Musan M. (2011) ECJ case law and its impact on the evolution of administrative liability; state liability for infringement. *Bulletin of the Transilvania University*, no 1, pp. 117–120.
- Radha D. (2013) The Right to a Fair Trial and International Cooperation in Criminal Matters: Article 6 ECHR and the Recovery of Assets in Grand Corruption Cases. *Utrecht Law Review*, no 4, pp. 147–164.
- Shubert T. E. (2015) Implementation of the European Court decisions and national legislation]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 6, pp. 136–143 (in Russian)
- Shuyupova S. V. (2017) Activism of European Court judges: between subsidiarity and evolutionary interpretation. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 3, pp. 64–68 (in Russian)
- Sultanov A. R. (2007) Legal consequences for the persons participating in cases and third parties. *Arbitrazhnaya praktika*, no 7, pp. 79–85 (in Russian)
- Telyukina M. (2017) European Court practice related to legal entity debts. *Khozyaystvo i pravo*, no 4, pp. 83–87 (in Russian)

# Вклад Европейского суда по правам человека в понимание прав человека в сфере труда

---

---



**Е.В. Сыченко**

Доцент, кафедра трудового и социального права юридического факультета, Санкт-Петербургский государственный университет, кандидат юридических наук. Адрес: 199000, Российская Федерация, Санкт-Петербург, 22 линия Васильевского острова, 7. E-mail: e.sychenko@mail.ru

---



## **Аннотация**

В статье рассматриваются наиболее важные решения Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), имеющие отношение к защите трудовых прав граждан. Автором проанализированы дела, которые были рассмотрены данным органом судебной власти в течение последних лет по ст. 3, 4, 8 и 11 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (ЕКПЧ), в частности, о расследовании несчастных случаев на производстве, запрете принудительного труда, защите частной жизни работников и обеспечения их права на свободу выражения мнения и объединения. Исследование позволило сделать вывод, что Европейская конвенция является важным инструментом в области защиты права на уважение частной жизни сотрудника на работе. Европейский суд по правам человека разработал систему оценки действий работодателя по контролю за выполнением работниками своей трудовой функции (видеозапись, просмотр электронных сообщений, прослушивание телефона) в свете ст. 8 Европейской конвенции. Эта система должна использоваться и национальными судами при рассмотрении дел, связанных с неправомерной, по мнению работника, формой контроля. Расширенное толкование понятия принудительного труда и торговли людьми, данное Европейским судом в решении по делу *Chowdury and others v. Greece*, как включающее в себя также невыплату задолженности по заработной плате, что ставит работников в уязвимое положение, также чрезвычайно важно для российской практики. Прочтение понятия «торговли людьми» как преступления, предусмотренного ст. 127.1 Уголовного Кодекса Российской Федерации, позволило бы обеспечить более эффективную защиту самым незащищенным группам населения (например, внутренним и внешним мигрантам, инвалидам). Автор подчеркивает важность выводов ЕСПЧ в решении по делу «Огневенко против России», свидетельствующих о том, что общий запрет забастовок сотрудников железной дороги, предусмотренный ст. 26 Федерального закона «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» от 10.01.2003 № 17-ФЗ, несовместим со стандартами в области прав человека, а именно с положениями ст. 11 Европейской конвенции.

---



## **Ключевые слова**

Европейский суд по правам человека, Европейская Конвенция, принудительный труд, защита частной жизни, трудовые права, профсоюз, суды, справедливое судебное разбирательство.

---

---

**Для цитирования:** Сыченко Е.В. Вклад Европейского суда по правам человека в понимание прав человека в сфере труда // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 54–79.

УДК: 349.2

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.54.79

## **Введение**

В статистике Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) не выделено количество дел, имеющих отношение к трудовому праву. Данные дела рассматриваются Судом в рамках разных статей Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950) (далее — ЕКПЧ), и их количество в течение года, как правило, не превышает 30 дел, если учитывать, в том числе рассмотренные на основании ст. 6, гарантирующей право на справедливый суд. Однако небольшое количество дел не свидетельствует о незначительном внимании Суда к защите прав работников. Исследование практики ЕСПЧ в этой области на протяжении последних 10 лет позволяет сделать вывод, что Суд чрезвычайно тщательно анализирует дела о защите работника от незаконного наблюдения со стороны работодателя, о безопасности труда и реализации запрета принудительного труда и дискриминации [Dorsemont F., Lörcher K., 2013]; [De Schutter O., 2005]. Европейские учебники трудового права [Cabrelli D., 2016: 57-59] указывают на ЕКПЧ как на один из источников национального трудового права, а некоторые решения ЕСПЧ стали классикой: *Markin v. Russia*<sup>1</sup>, *Demir and Baykara v. Turkey*<sup>2</sup>, *Sorensen and Rasmussen v. Denmark*<sup>3</sup>, *Barbulescu v. Romania*<sup>4</sup>.

Эти и ряд других постановлений ЕСПЧ внесли значительный вклад в формирование единого европейского представления о содержании свободы объединения, права работника на уважение частной жизни, понимание запрета принудительного труда и торговли людьми, границ права работника на свободу выражения мнения. Это не означает, что в европейских странах сформированы единое представление и единый подход к регулированию этих вопросов. Но ЕСПЧ установил в своей практике некоторые стандарты, которым подобное регулирование должно соответствовать. Именно это нами и понимается как его «вклад». Стоит также отметить, что, несмотря на небольшое количество дел, многие из решений ЕСПЧ, имеющих отношение к трудовому праву, вызывают жаркие дискуссии среди специалистов о взаимосвязи трудовых прав и прав человека [Mundlak G., 2012: 217]; [Kolben K.,

<sup>1</sup> ECtHR, *Konstantin Markin v. Russia* (30078/06) Chamber judgement 07/10/2010, para. 28-29.

<sup>2</sup> ECtHR, *Demir and Baykara v. Turkey* [GC] (34503/97) 12/11/2008.

<sup>3</sup> ECtHR, *Sorensen and Rasmussen v. Denmark* (52562/99 52620/99) 11/01/2006.

<sup>4</sup> ECtHR, *Bărbulescu v. Romania* (61496/08) GC 05/09/2017.

2009: 449]. Эти работы помогают популяризировать правовые позиции Суда и ознакомить широкий круг заинтересованных лиц с разработанными им стандартами защиты трудовых прав как прав человека.

В настоящей статье также будет сделана попытка проанализировать эти стандарты и предположить их возможную применимость в российской практике. Основным предметом изучения являются постановления ЕСПЧ, принятые в 2017 и 2018 годах, которые наиболее интересны как исследователям, так и практикам в области трудового права.

## 1. Безопасность труда в практике ЕСПЧ

ЕКПЧ не содержит ни права на труд, ни права на безопасные условия труда. Эти нормы были закреплены в Европейской социальной хартии, которую принято называть как «дополняющую» ЕКПЧ<sup>5</sup>. Тем не менее, в течение последних пяти лет ЕСПЧ рассмотрел ряд дел, имеющих непосредственное отношение к безопасности труда, точнее, к обязательствам государства, вытекающим из причинения вреда работникам.

В частности, в рамках ст. 2 ЕКПЧ, гарантирующей право на жизнь, были рассмотрены дела по заявлению родственников работников, скончавшихся по причинам, связанным с условиями их труда<sup>6</sup>. Большинство дел, связанных с безопасностью труда, было рассмотрено в свете позитивных обязательств государств обеспечить эффективное расследование и защиту прав потерпевших и не представляет значительного интереса для специалистов в области трудового права<sup>7</sup>. Однако в 2017 году дело на подобную тему было рассмотрено в свете ст. 3, запрещающей унижающие достоинство и бесчеловечное обращение, что, с нашей точки зрения, являет сдвиг в практике ЕСПЧ и заслуживает более подробного рассмотрения.

В деле «Mažukna против Литвы»<sup>8</sup> предметом разбирательства стало расследование несчастного случая на работе. Истец, сварщик на строительной площадке, получил увечье в результате падения с поврежденных строительных лесов. Досудебное расследование несчастного случая заняло три года и семь месяцев, и дело было закрыто в связи с истечением срока давности.

---

<sup>5</sup> Сайт Совета Европы. Available at: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter> (дата обращения 20-02-2019)

<sup>6</sup> ECtHR, Vilnes and others v. Norway. Applications nos. 52806/09, 22703/10. Judgment of 5 December 2013; ECtHR, Brincat and others v. Malta (60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11) 24/07/2014.

<sup>7</sup> ECtHR, Bakanova v. Lithuania (11167/12) 31/05/2016; Mircea Pop v. Romania (43885/13) 19.07.2016; Sidika İmren v. Turkey (47384/11) 13.09.2016.

<sup>8</sup> ECtHR, Mažukna v. Lithuania (72092/12) 11/04/2017.



Заявление истца рассматривалось в свете разработанного ЕСПЧ процессуального аспекта ст. 3 [Reidy A., 2002: 34]. Интересно отметить, что истец изначально подавал заявление по ст. 6 и 13 Конвенции. Суд решил рассмотреть дело по ст. 3 и постановил, что государством она была нарушена, поскольку не было проведено должного расследования обстоятельств несчастного случая, в результате которого истец получил телесные повреждения<sup>9</sup>.

Исходя из толкования ст. 3 ЕКПЧ и практики ее применения данные нормы накладывает на государства обязательства расследовать и обеспечить эффективную правовую и другие виды защиты в случае унижающего достоинства обращения, нарушающего запрет, установленный данной статьей [Harris D.J., O'Boyle M., Warbrick C., 2009: 108]. Следовательно, для возникновения такого обязательства необходимо как минимум бесчеловечное или унижающее достоинство обращение<sup>10</sup>. В настоящем деле нарушение правил безопасности в результате халатности причинило тяжкий вред здоровью работника. Суд счел, что «ситуация достигла достаточного порога тяжести, чтобы попасть в сферу действия статьи 3 Конвенции»<sup>11</sup>. Таким образом, Суд, выйдя за рамки своих традиционных строгих позиций относительно уровня тяжести в контексте бесчеловечного и унижающего достоинство обращения, кратко постановил, что нанесение серьезного вреда здоровью в результате несчастного случая на работе является формой унижающего достоинство или/и бесчеловечного обращения.

Эта позиция Суда, по нашему мнению, очень неоднозначна<sup>12</sup> и должна быть подкреплена веской аргументацией относительно критериев, которые позволили Суду постановить, что несчастный случай на работе имел признаки бесчеловечного или унижающего достоинство обращения. Традиционно Суд ссылается на понятие «человеческого достоинства»<sup>13</sup> в качестве критерия подобного обращения. В данном случае, однако, не очевидно, что достоинство истца было ущемлено.

Это дело свидетельствует о широкой сфере применения ст. 3. Во-первых, она обеспечивает всем получившим производственные травмы дополнительное основание для защиты своих процессуальных прав в рамках уголовного расследования и получения судебной защиты. Во-вторых, она может быть истолкована как дающая возможность государственным служащим рассматривать несчастные случаи на работе в свете позитивных обязательств государства по ст. 3 ЕКПЧ.

<sup>9</sup> ECtHR, *Mažukna v. Lithuania*. Пар. 85-87.

<sup>10</sup> ECtHR, *Assenov and others v. Bulgaria* (90/1997/874/1086) 28/10/1998, *E. and Others v. the United Kingdom* (33218/96) 26/11/2002, *MC v. Bulgaria* (39272/98) 04/12/2003.

<sup>11</sup> ECtHR, *Mažukna v. Lithuania* (no. 72092/12) 11/04/2017. Пар. 81.

<sup>12</sup> Интерес представляют доводы судьи Вошпjak, изложенные в особом мнении.

<sup>13</sup> ECtHR, *Bouyid v. Belgium* [GC] (23380/09) 28/09/2015. Пар. 83.

Такая возможность гарантирована ст. 2 ЕКПЧ, если вспомнить дело *Brincat and others v. Malta*<sup>14</sup>, в котором истцы просили признать нарушением ст. 2 ЕКПЧ смерть нескольких сотрудников государственных верфей от профессиональных заболеваний, вызванных работой с асбестом. В этом деле Суд постановил, что ст. 2 возлагает на государства позитивное обязательство по принятию надлежащих мер для защиты жизни находящихся под его юрисдикцией лиц, включая тех, кто работает в государственной корпорации, принадлежащей и контролируемой Правительством.

В этом деле, так же как и в рассмотренном ранее деле *Vilnes and others v. Norway*, Суд сделал важный для безопасности труда вывод: ст. 8 ЕКПЧ была посчитана основанием защиты права получать информацию о рисках, которым подвержен работник на рабочем месте<sup>15</sup>. Отметим, что в деле *Brincat and others v. Malta*<sup>16</sup> речь шла о рисках работы с асбестом, когда не была принята Конвенция Международной организации труда N 162 об охране труда при использовании асбеста (1986). В государстве-ответчике тогда не было нормативного регулирования, направленного на охрану здоровья работника от вредных факторов, возникающих в связи с работой с этим веществом. Суд пришел к выводу, что уже в конце 1970-х годов власти Мальты знали или должны были знать о вреде асбеста. В качестве обоснования этого вывода были приведены научные работы о вреде асбеста, написанные и опубликованные на Мальте в период работы заявителей, а также дело, рассмотренное судом Мальты в 1979 году, решением, по которому истцу был возмещен вред, причиненный работой с асбестом. Другим доказательством был факт членства в МОТ, в которой на тот момент рассматривался проект конвенции о защите работников при работе с асбестом<sup>17</sup>.

Из решения следует, что правительство не проводило в тот период исследований вредности этого вещества и не сделало доступной даже общую информацию, известную на момент работы заявителей. Суд отметил, что «вместо этого правительство, по-видимому, не обращающее внимания на обязательства, вытекающие из Конвенции, решило считать, что в его обязанности не входит предоставление информации с самого начала и что любой человек в такой рабочей обстановке в любом случае будет в полной мере осведомлен о связанных с этим опасностях». Такой подход правительства Мальты был сочтен нарушением ст. 8 ЕКПЧ.

---

<sup>14</sup> ECtHR, *Brincat and others v. Malta* (60908/11 et al) 24.07.2014.

<sup>15</sup> ECtHR. *Vilnes and others v. Norway*. Applications nos. 52806/09, 22703/10. Judgment of 5 December 2013.

<sup>16</sup> ECtHR, *Brincat and others v. Malta* (60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11) 24/07/2014. Заявителями выступали 21 бывший работник государственного судоремонтного завода, пострадавшие от воздействия асбеста.

<sup>17</sup> ECtHR, *Brincat and others v. Malta*. Para 106.

Подход Суда к анализу этого дела можно кратко обозначить следующим образом: государство обязано обеспечить безопасность труда работников, защитив их наиболее эффективным способом от воздействия вредных факторов, известных на момент работы (вывод из ст. 2 ЕКПЧ), а также сообщать полную информацию о таких факторах (вывод из ст. 8 ЕКПЧ). Следовательно, если имеются научные труды о вреде фактора X, государство может быть призвано к ответственности за нарушение норм конвенции, если защита работников от фактора X не была обеспечена, а информация о нем не была сообщена.

Представим, что этим фактором X выступает стресс или домогательство на рабочем месте. На международном уровне и МОТ, и ВОЗ<sup>18</sup> уделяют значительное внимание этому фактору, называемому в российских публикациях психосоциальным или социально-психологическим [Лютов Н.Л., 2017: 348]. МОТ, в частности, уже с 1970-х годов призывает страны к профилактике и управлению рисками стресса и другими психосоциальными рисками [Leka S., Jain A., 2016: 24]. Эта организация разработала подробные руководства<sup>19</sup>, учебные материалы по выявлению данных рисков и борьбе с ними, и даже подготовила приложение для смартфонов<sup>20</sup>.

В России пока не ведется работа по выявлению и обеспечению защиты работников от данных рисков. Европейский комитет по социальным правам (далее — ЕКСП), в чью компетенцию входит контроль за соблюдением странами Европейской социальной хартии (далее — ЕСХ) и ее толкование, в заключении о выполнении Россией норм данного документа отметил, что ст. 3.1. ЕСХ включает обязательство государства обеспечить защиту и от этих рисков<sup>21</sup>.

Исходя из изложенного выше, можно предположить следующее: работник, пострадавший от такого риска в России, сможет обратиться с заявлением в ЕСПЧ о том, что Российская Федерация не создала правовую базу защиты работника, не информировала о таких рисках на рабочем месте. Стоит отметить, что ЕСПЧ уже рассматривал в одном из дел вопрос о госу-

---

<sup>18</sup> PSYCHOSOCIAL FACTORS AT WORK: Recognition and control Report of the Joint ILO/WHO Committee on Occupational Health Ninth Session Geneva, 18-24 September 1984; OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH SERIES No. 56. Available at: [https://www.who.int/occupational\\_health/publications/ILO\\_WHO\\_1984\\_report\\_of\\_the\\_joint\\_committee.pdf](https://www.who.int/occupational_health/publications/ILO_WHO_1984_report_of_the_joint_committee.pdf) (дата обращения: 20-09-2019)

<sup>19</sup> [https://www.ilo.org/safework/info/instr/WCMS\\_177108/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/safework/info/instr/WCMS_177108/lang--en/index.htm) (дата обращения: 20-09-2019)

<sup>20</sup> [https://www.ilo.org/safework/info/publications/WCMS\\_438081/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/safework/info/publications/WCMS_438081/lang--en/index.htm) (дата обращения: 20-09-2019)

<sup>21</sup> European Committee of Social Rights. Articles 3, 11, 12, 13, 14, 23 and 30 of the European Social Charter. Conclusions 2017. С. 947. Available at: <https://www.vlaanderen.be/fr/nbwa-news-message-document/document/0901355780229136> (дата обращения: 20-02-2019); ECSR, Statement of Interpretation on Article 3§1 of the Charter, Conclusions 2013.

дарственной политике защиты от домогательства на рабочем месте<sup>22</sup>, следовательно, наше предположение обосновано и может быть реализовано.

## 2. Понимание «принудительного труда»

Статья 4 построена следующим образом: в первом пункте содержится абсолютный запрет рабства и подневольного состояния, во втором — принудительного или обязательного труда, а третий пункт перечисляет виды работ (или обстоятельств их осуществления), которые не относятся к понятию принудительного труда.

К сожалению, как отмечают исследователи, мнения о том, что практика рабства осталась в истории, далека от реальности в XXI веке [Mantouvalou V., 2006: 414]. В 2017 году Суд рассмотрел два дела согласно положениям этой статьи. Одно из них касается обязанности государства расследовать дела о принудительном или обязательном труде. В деле «J. и другие против Австрии»<sup>23</sup> две гражданки Филиппин, которые поехали работать горничными или гувернантками в Объединенные Арабские Эмираты, утверждали, что их работодатели отняли у них паспорта и эксплуатировали их, в том числе в течение их пребывания в Австрии, до момента их побега из отеля в Вене. По их мнению, решение австрийских властей прекратить расследование событий, произошедших в Австрии, было нарушением ст. 4 Конвенции. Суд отметил, что ст. 4 ЕКПЧ не обязывает государства обеспечивать универсальную юрисдикцию в отношении действий, подпадающих под запрет согласно ее нормам. Нарушение произошло за пределами государства-стороны ЕКПЧ, австрийские власти предприняли все необходимые в данной ситуации шаги. Особенно было отмечено, что истицы обратились в полицию примерно через год после побега, когда их работодатели уже давно покинули страну.

В другом деле «Човдури и другие против Греции»<sup>24</sup> Суд постановил, что неоплачиваемая работа нелегальных мигрантов в Греции относится к сфере принудительного труда и торговли людьми. Заявление подали 42 гражданка Бангладеш, собиравшие клубнику на ферме под присмотром вооруженной охраны. Они добровольно вступили в трудовые отношения, были обеспечены питанием и жильем и могли свободно передвигаться по территории. Работодатель не платил им на протяжении шести месяцев и предупредил их, что они получают заработок только если продолжат работать.

Это дело чрезвычайно интересно тем, что Суд расширил толкование понятия принудительного труда и торговли людьми. Собственно понятия тор-

---

<sup>22</sup> ECtHR, *Dolopoulos v. Greece* (36656/14) 10/12/2015.

<sup>23</sup> ECtHR, *J. and others v. Austria* (58216/12) 17.01.2017.

<sup>24</sup> ECtHR, *Chowdury and Others v. Greece* (21884/15) 30.03.2017.

говли людьми как такового в ЕКПЧ не содержится. Но Суд в более ранних решениях<sup>25</sup> пришел к выводу о том, что торговля людьми подпадает под запрет ст. 4 и является одной из форм принудительного труда [Pati R., 2011: 141].

В настоящем деле сложность квалификации действия «работодателя» могла возникнуть в связи с тем, что истцы добровольно согласились выполнять работу и были вольны ее покинуть. Суд постановил, что изначально согласия на трудоустройство «недостаточно для того, чтобы исключить квалификацию данных отношений, как принудительный труд»<sup>26</sup>. Было отмечено, что добровольное согласие является только одним из факторов, которые следует принять во внимание в свете всех обстоятельств дела. Далее он обратил внимание на уязвимое положение работников из Бангладеш, поскольку они были нелегальными мигрантами и не могли воспользоваться правовыми средствами защиты своих прав, а также на ужасающие условия их труда и проживания, описанные в решении суда Греции. Они проживали в импровизированных хижинах из картона, нейлона и бамбука без туалета или водопровода; их работодатели не платили им и предупредили, что они получают зарплату, только если продолжат работу<sup>27</sup>.

Традиционно концепции принудительного или обязательного труда истолковываются ЕСПЧ на основании положений Конвенции МОТ [Cullen H., 2006: 585–592]. Ссылки на Конвенцию МОТ №29 «Относительно принудительного или обязательного труда»<sup>28</sup> можно обнаружить во всех делах, рассмотренных по ч. 2 ст. 4 ЕКПЧ. Согласно этому документу, термин «принудительный или обязательный труд» означает любую работу или услуги, требуемые от какого-либо лица под угрозой какого-либо наказания, и для выполнения которых это лицо не предложило свои услуги добровольно. Кроме того, в этом деле Суд анализировал положения Конвенции Совета Европы о противодействии торговле людьми (2005) (не ратифицированной Россией). Суд счел, что если работодатель злоупотребляет своими возможностями или пользуется уязвимостью своих работников с целью их эксплуатации, то это означает, что они не соглашаются на работу добровольно<sup>29</sup>.

Это судебное решение демонстрирует, что понятие принудительного труда истолковывается сейчас Судом как включающее в себя также невыплату задолженности по заработной плате, когда «работники» находятся в уязвимом положении. Уязвимость истцов была установлена благодаря нескольким факторам: они были лишены возможности любого обращения за право-

<sup>25</sup> ECtHR, Rantsev v. Cyprus and Russia (25965/04) 07/01/2010.

<sup>26</sup> ECtHR, Chowdury and Others v. Greece (21884/15)30.03.2017. Para 96.

<sup>27</sup> ECtHR, Chowdury and Others v. Greece (21884/15)30.03.2017. Para 94.

<sup>28</sup> Ведомости ВС СССР. 1956. № 13. Ст. 279.

<sup>29</sup> ECtHR, Chowdury and Others v. Greece (21884/15)30.03.2017. Para 96.

вой защитой; они могли быть депортированы как нелегальные иммигранты; они были лишены каких-либо средств и жилья. По нашему мнению, отсутствие одного из этих факторов могло привести Суд к выводу, что действия работодателя не являются принудительным или обязательным трудом.

Таким образом, это судебное решение, хотя и является знаменательным для жертв торговли людьми, вряд ли может привести к доказательству наличия факта принудительного труда в делах, в которых истцы утверждали, что отсутствие оплаты труда являлось определяющим фактором этого явления<sup>30</sup>.

Установив, что в отношении истов были совершены действия, подпадающие под запрет ст. 4 ЕКПЧ (торговля людьми), Суд продолжил оценку того, выполнили ли национальные власти позитивные обязательства в отношении истцов. По мнению ЕСПЧ, для выполнения позитивного обязательства криминализовать и эффективно преследовать лиц, виновных в совершении действий, запрещенных ст. 4 Конвенции, государства-члены должны создать законодательную и регулятивную базу для запрещения и наказания принудительного или обязательного труда, рабства и подневольного состояния. Было установлено, что Греция существенным образом выполнила свои позитивные обязательства по созданию правовых основ для борьбы с торговлей людьми, но меры, принятые властями для ее предотвращения, были недостаточными. Суд посчитал, что местное отделение полиции было осведомлено об отказе работодателей от выплаты заявителям заработной платы, но не предприняло мер к защите этих лиц, кроме того, национальный суд узко истолковал понятие торговли людьми, в результате чего обвиняемые были оправданы. Местное отделение полиции посчитало, что факт наличия свободы передвижения истцов свидетельствует об отсутствии признаков принудительного труда. ЕСПЧ, однако, счел, что «ситуация торговли людьми может существовать несмотря на наличие у жертвы свободы передвижения»<sup>31</sup>.

Суд установил факт нарушения процессуальных обязанностей государства, вытекающих из ч. 2 ст. 4 ЕКПЧ. Интересно отметить, что истцы просили ЕСПЧ взыскать с государства сумму материального ущерба, рассчитанного исходя из сумм невыплаченной заработной платы. Европейский суд, несмотря на признание того, что он не может определить сумму, которая должна быть присуждена каждому из них, посчитал целесообразным присудить им компенсацию.

Значение данного решения для России трудно переоценить. Напомним, что ЕСПЧ подчеркнул необходимость создать правовую базу для запрещения и наказания принудительного или обязательного труда, рабства

---

<sup>30</sup> Например, такие дела, как *Vnuchko v. Ukraine* (1198/04) 14/12/2006, *Popov v. Ukraine* (23892/03)14/12/2006, *Sokur v. Ukraine* (29439/02), 26/11/2002.

<sup>31</sup> ECtHR, *Chowdury and Others v. Greece* (21884/15)30.03.2017.

и подневольного состояния, имея в виду именно нормы уголовного права. В Уголовном кодексе Российской Федерации предусмотрены составы преступления «Торговля людьми» (ст. 127.1) и «Рабство» (ст. 127.2), при этом нормы данных статей в случае рассмотрения аналогичного дела российским судом не позволят признать действия «работодателей» торговлей людьми. Не будет оснований и для признания этих действий рабским трудом. Исследование судебной практики по эти двум статьям позволяет сделать вывод, что в ситуациях, аналогичных делу «Човдури и другие против Греции», состав преступления, предусмотренный данными статьями, не будет установлен, и что российские суды не склонны расширительно толковать положения ст. 127.1 УК РФ в свете актов, принятых Советом Европы.

Полагаем, что из данного решения следует сделать вывод о необходимости реализацией Россией позитивных обязательств, вытекающих из ст. 4 ЕКПЧ, в частности, криминализации принудительного труда и ратификация Конвенции Совета Европы о противодействии торговле людьми. Российская Федерация остается единственным государством — членом Совета Европы, не ратифицировавшим этот документ.

Обращаясь к интерпретации ЕСПЧ п. 3 ст. 4, стоит отметить, что Конвенция не содержит определения понятия принудительного или обязательного труда. Европейский суд интерпретирует это понятие, опираясь на положения Конвенции МОТ № 29 «О принудительном или обязательном труде». Ссылки на нормы этой Конвенции содержатся во всех решениях, рассмотренных на основании п. 2 ст. 4 ЕКПЧ. Необходимо отметить, что Суд традиционно подходит к толкованию данного понятия ограничительно и не склонен расширять его. Например, в делах «Внучко (*Vnuchko*) против Украины» и «Акерл и другие (*Ackerl and Others*) против Австрии» Суд отказался признать неоплачиваемую работу в качестве принудительного труда<sup>32</sup>, а в деле «Штуммер (*Stummer*) против Австрии» не посчитал принудительным трудом работу заключенных без права на получение пенсии по старости<sup>33</sup>.

В 2015 году ЕСПЧ расширил толкование понятия «принудительный или обязательный труд», придя к выводу о том, что исключение, предусмотренное пп. «б» п. 3 ст. 4 ЕКПЧ, следует толковать как имеющие отношение, лишь к обязательной военной службе. В деле «Хитос (*Chitos*) против Греции»<sup>34</sup> заявитель, являвшийся офицером вооруженных сил, утверждал, что обязанность выплатить пошлину государству, чтобы уйти в отставку до конца срока службы, противоречила ст. 4 ЕКПЧ.

<sup>32</sup> Постановление от 14.12.2006, жалоба №1198/04, Постановление от 29.06.1994, жалоба № 20781/92.

<sup>33</sup> Постановление от 7.07. 2011, жалоба № 37452/02.

<sup>34</sup> Постановление от 4.06.2015, жалоба № 51637/12.

ЕСПЧ, рассматривая данное дело, в первую очередь отметил, что стремление государства обеспечить возмещение затрат на подготовку офицеров вооруженных сил оправдано, в том числе в виде наложения обязанности оплатить расходы на обучение и содержание военнослужащего<sup>35</sup>. Вместе с тем Суд решил, что сумма, которую власти Греции потребовали у заявителя, была чрезмерной. ЕСПЧ решил, что действия властей Греции нарушили запрет принудительного труда, закрепленный в п. 2 ст. 4 Конвенции.

Очевидно, что установленное нарушение ст. 4 Конвенции было обусловлено недостатками процедуры расторжения военного контракта до истечения срока его действия и порядка получения государством компенсации за неотработанные годы. Это постановление свидетельствует о том, что Европейский суд подчеркивает значение принципа пропорциональности в отношениях между государством (работодателем) и работником, обязанным возместить затраты на свое обучение.

Полагаем, что правовые позиции ЕСПЧ, выраженные в данном деле, актуальны и для России. В частности, они могут быть применимы как к спорам о досрочном расторжении контракта с военнослужащим, так и при спорах между работодателем и спортсменом, который на основании ст. 348.12 Трудового Кодекса Российской Федерации может быть обязан произвести в пользу работодателя денежную выплату в случае расторжения трудового договора по собственному желанию без уважительных причин.

### 3. Дело, рассмотренное по статье 6 ЕКПЧ

Наибольшее количество дел, относящееся к трудовому праву, было рассмотрено по ст. 6, которая провозглашает право на справедливое судебное разбирательство. Среди них традиционно можно обнаружить несколько дел об увольнении судьей<sup>36</sup> и дела о чрезмерной продолжительности трудовых споров<sup>37</sup>. Также в 2017 году было рассмотрено дело об отсутствии доступа работника к предъявленным суду работодателем доказательствам, которые имели засекреченный статус<sup>38</sup> (рассмотрено в свете ст. 6 и 8 ЕКПЧ).

Среди этих дел имеет смысл упомянуть дело об обращении в суд 18-ти украинских судей, отправленных в отставку со своих должностей в резуль-

---

<sup>35</sup> ECtHR, *Chitos v. Greece* (51637/12) 04.06.2015.

<sup>36</sup> ECtHR, *Kamenos v. Cyprus* (147/07) 31/10/2017, *Sturua v. Georgia* (45729/05) 28/03/2017, *Kulykov and Others v. Ukraine* (5114/09, 4588/11, 9740/11, 12812/11, 20554/11, 35336/11, 68443/11, 75790/11, 78241/11, 5678/12, 11775/12, 21546/12, 54135/12, 65207/12, 77810/12, 242/13, 15073/13, and 57154/13) 19/01/2017.

<sup>37</sup> ECtHR, *Ertaç BİLİM v. Turkey* (18546/08)24/01/2017, *Korzeniak v. Poland* (56134/08) 10/01/2017.

<sup>38</sup> ECtHR, *Regner v. the Czech Republic* (35289/11) Большая палата 19/09/2017.



тате дисциплинарного разбирательства. В каждом из дел Высший совет юстиции Украины установил, что истцы нарушили судебскую присягу; эти постановления Суда были вынесены на рассмотрение Парламента и Президента Украины для принятия окончательных решений об их отставке. Окончательные решения были позже безуспешно оспорены в судах. Истцы жаловались, что слушания об их отставке нарушали принцип независимого и беспристрастного суда, а также, что отставка существенным образом сказалась на их личной жизни. Таким образом, они заявили о нарушении ст. 6 и 8 Конвенции. Их доводы были в основном почерпнуты из известного судебного решения «Волков против Украины», в котором Суд признал нарушение обеих статей и в первый и последний раз распорядился восстановить истца в должности.

Постановление Суда в деле 18-ти судей было очень коротким. Ссылаясь на данные, положенные в основу решения по делу судьи Александра Волкова, ЕСПЧ заключил, что судебные разбирательства не соответствовали принципам независимости и беспристрастности. Таким же образом Суд оценил доводы истцов о нарушении ст. 8, повторив заключения по делу Волкова. Реакция Суда на заявления о восстановлении в должности, поданные несколькими истцами, является единственным интересным моментом этого решения. В деле Волкова Суд подчеркнул, что распоряжение о восстановлении в должности — исключительная мера. В данном случае Суд отказался рассматривать подобные заявления, оптимистически оценив качество судебных реформ в Украине. В частности, он постановил: «Суд отмечает, что в настоящее время в Украине проходит полномасштабная судебная реформа, включающая в себя конституционные и дополнительные законодательные поправки, а также институциональные преобразования... с учетом масштабов и обстоятельств настоящих заявлений нельзя сделать вывод, что эта новая предпосылка делает соответствующие внутренние процедуры на первый взгляд бесполезными и бессмысленными»<sup>39</sup>.

Эта позиция в очередной раз показывает, что постановление ЕСПЧ о восстановлении в должности незаконно уволенного судьи является экзотическим средством, применяемым только в исключительных случаях против отдельных стран, в которых внутренние гражданские процессы были признаны в целом неэффективными.

#### **4. Дело, рассмотренное по статье 8 ЕКПЧ**

Статья 8 ЕКПЧ является еще одним лидером по количеству дел в области трудового права, поскольку ее положения трактуются особенно широко

---

<sup>39</sup> ECtHR, *Regner v. the Czech Republic* (35289/11) Большая палата 19/09/2017. Para 148.

и покрывают большое количество самых разных аспектов: неправомерное увольнение (как в случае с вышеупомянутым делом о судьях из Украины), защита частной жизни сотрудника на работе<sup>40</sup> [Hendrickx F., Van Bever A., 2013: 183], право доступа к персональным данным [Van der Sloot B., 2015: 25–50]<sup>41</sup> и правомерность сбора персональных данных работодателем<sup>42</sup>.

Начнем с чрезвычайно актуальных для России дел, связанных с различными аспектами защиты частной жизни сотрудника на работе: дело *Barbulescu* о проверке электронной почты сотрудника и дело *Antović и Mirković* о видеонаблюдении на работе.

В 2016 году Суд рассмотрел дело *Барбулеску*, инженера и менеджера по продажам, который был уволен за использование корпоративного аккаунта мессенджера *Yahoo* в личных целях, тогда как такое использование было запрещено внутренними правилами работодателя. Палата Суда не усмотрела нарушения ст. 8 ЕКПЧ, поскольку, по мнению большинства судей, внутренние суды правильно определили баланс между правами работодателей в области управления трудом и правом работника на уважение частной жизни. Палата приняла решение, что вмешательство в это право заявителя было пропорционально преследуемой цели.

Решения Суда были охарактеризованы как свидетельство «смерти права работника на уважение частной жизни» [Peers S., 2016]. СМИ озаглавили новость об решении Суда: «Личная переписка на рабочем месте может быть прочитана европейскими работодателями» [Rushton K., 2017].

В особом мнении судья П. Де Альбукерке отметил, что данное дело дало Суду отличную возможность разработать собственную прецедентную практику в области защиты частной жизни относительно интернет-коммуникаций сотрудников<sup>43</sup>. Он утверждал, что запрет на личное использование Интернета сотрудниками является недопустимым и что сотрудники должны быть уведомлены компанией о правилах об использования Интернета на рабочем месте. До введения в действие политики мониторинга сотрудники должны быть уведомлены о назначении, сфере действия, технических средствах и графике такого мониторинга.

Делу было передано в Большую Палату Суда, которая рассмотрела его 30.11.2016 и вынесла решение 5.09.2017. Анализ решения Большой палаты позволяет предположить, что аргументы судьи Де Альбукерке о выработке комплексного подхода к конфиденциальности интернет-коммуникаций

---

<sup>40</sup> ECtHR, *Antović and Mirković v. Montenegro* (70838/13) 28/11/2017, *Bărbulescu v. Romania* (61496/08)GC 05/09/2017. Para 80.

<sup>41</sup> ECtHR, *Yonchev v. Bulgaria* (no. 12504/09) 07.12.2017.

<sup>42</sup> ECtHR, *Surikov v. Ukraine* (no. 42788/06) 26.01.2017.

<sup>43</sup> Partly Dissenting Opinion of Judge Pinto De Albuquerque. Para 1, 10–12.

на работе были услышаны. Большая Палата 11 голосами против 6 приняла решение, что государство нарушило позитивные обязательства по ст. 8 ЕКПЧ.

В данном решении, которое можно смело назвать революционным, Суд выделил несколько факторов, которые должны приниматься во внимание судами при разрешении подобных дел. Этот список значительно шире, чем применяемый Судом ранее в делах «Копланд против Великобритании», «Кепке против Германии», «Пиев против Болгарии»<sup>44</sup>. Вот этот список:

(i) был ли сотрудник уведомлен о вероятности мер контролирования работодателем корреспонденции и других средств общения, а также об осуществлении таких мер (в уведомлении обычно должен ясно быть указан характер контроля, а само уведомление направлено заранее);

(ii) степень контроля со стороны работодателя и степень вмешательства в личное пространство работника (различие между контролем над характером переписки и над содержанием). К последнему применяются более жесткие требования;

(iv) могла ли цель контроля быть достигнута более мягкими методами, чем контроль переписки;

(v) последствия контроля для работника, над которым он осуществляется;

(vi) были ли работнику обеспечены надлежащие гарантии, особенно, если контроль работодателя характеризовался мерами вмешательства в личную сферу;

(vii) был ли обеспечен доступ к средству правовой защиты в суде<sup>45</sup>.

Это постановление вызывает озабоченность насчет согласованности подхода Суда к защите частной жизни на рабочем месте с разработанной ранее концепцией обоснованного ожидания защиты частной жизни (*reasonable expectation of privacy*). «Обоснованное ожидание защиты частной жизни», традиционно используемое Судом для определения факта вмешательства в осуществление этого права, не было сочтено весомым в настоящем деле. Большая палата посчитала, что «остается открытым вопрос, не оставили ли ограничительные положения работодателя разумных оснований сотруднику рассчитывать на сохранение защиты частной жизни, и, если это так, то до какой степени»<sup>46</sup>. После этого замечания Палата продолжила анализ дела без вывода о том, что по существу обоснованного ожидания защиты частной жизни в данном деле не было, учитывая, что работник был уведомлен об абсолютном запрете использовать рабочий аккаунт в личных целях. Стоит

<sup>44</sup> ECtHR, *Köpke v. Germany* (420/07) 05/10/2010, *Copland v. The United Kingdom* (62617/00) 03/04/2007, *Peev v. Bulgaria* (64209/01) 26/07/2007.

<sup>45</sup> ECtHR, *Bărbulescu v. Romania* (61496/08)GC 05/09/2017. Пар. 121.

<sup>46</sup> ECtHR, *Bărbulescu v. Romania* (61496/08)GC 05/09/2017. Para 80.

отметить, что шесть судей в особых мнениях положили в основу анализа именно фактор обоснованности ожидания защиты частной жизни и пришли к выводу, что нормы ст. 8 ЕКПЧ нарушены не были<sup>47</sup>.

В другом деле о защите частной жизни сотрудника («Antović и Mirković против Черногории») заявители обжаловали в свете норм ст. 8 ЕКПЧ установку видеонаблюдения в учебных аудиториях. Национальные суды отклонили их заявления, посчитав, что вопрос частной жизни не является актуальным, поскольку аудитории с камерами — общественная территория.

Большинство судей Палаты ЕСПЧ, рассматривавшей дело, тем не менее, сочли, что ст. 8 гарантирует право на «личную жизнь» в широком смысле, включая право вести «частную общественную жизнь», что означает возможность отдельного лица развивать свою социальную идентичность<sup>48</sup>. Они трактовали сферу «общественной жизни» на работе расширительно, как зону взаимодействия данного лица с другими, даже в общественном контексте. Суд придал большое значение тому факту, что университетские амфитеатры являлись рабочим местом преподавателей. Он признал, что и скрытое, и открытое видеонаблюдение на рабочем месте являются существенным вмешательством в частную жизнь сотрудника, в частности потому, что сотрудник, будучи обязанным работать, не мог избежать такого наблюдения.

Определив факт вмешательства, Суд продолжил оценку вмешательства в соответствии с разработанной схемой: 1) проверка его законности; 2) необходимость в демократическом обществе; 3) соразмерность заявленным целям. В связи с тем, что данное наблюдение не соответствовало Закону Черногории о защите персональной информации (2008), не было необходимости анализировать два последних фактора, так как установление незаконности достаточно для признания факта нарушения ст. 8 ЕКПЧ.

Этот казался бы очевидный вывод чрезвычайно важен для России. Анализ судебной практики о видеонаблюдении за работником показывает, что этот вид сбора данных, как правило, не рассматривается как обработка персональных данных работника.<sup>49</sup> В одном определении суд апелляционной инстанции указал, что «видеозапись рабочего процесса не является раскрытием персональных данных работника»<sup>50</sup>. В единственном из найденных

---

<sup>47</sup> Там же. Особое мнение Судей Raimondi, Dedov, Kjølbros, Mits, Mourou-Vikström и Eicke.

<sup>48</sup> ECtHR, Antović And Mirković v. Montenegro (70838/13) 28.11.2017. Para 44.

<sup>49</sup> Решение от 26.06.2017 по делу № 2-502/2017. Привокзальный районный суд Тулы; Решение от 19.05.2017 по делу № 2-1609/2017. Ленинский районный суд Воронежа; Апелляционное определение Алтайского краевого суда от 15.10.2013 по делу N 33-8403/2013; Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 14.11.2012 по делу N 33-9899; Решение Мичуринского городского суда Тамбовской области от 15.07.2016 по делу № 2-947/2016.

<sup>50</sup> Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Оренбургского областного суда от 3.12.2014 по делу № 33-7039/2014.

нами деле, в которых видеонаблюдение было рассмотрено как один из видов обработки персональных данных, суд пришел к выводу, что общее согласие на обработку персональных данных при заключении трудового договора означает согласие на любой вид обработки любых персональных данных, включая видеосъемку<sup>51</sup>.

Лишь одно решение российского суда можно привести в пример как образец реализации положений ЕКПЧ в толковании ЕСПЧ, а так же как образец следования российскому законодательству о защите персональных данных. Решением Верховного Суда Республики Дагестан была признана незаконность видеозаписи выполнения трудовой функции работником, поскольку не было согласия работника и были нарушены требования законодательства о необходимости сообщить работнику о целях, предполагаемых источниках и способах получения персональных данных, о характере подлежащих получению персональных данных и последствиях отказа работника дать письменное согласие на их получение. Это решение — исключительное в своем роде. В российских судах наиболее общей, как отмечалось выше, является позиции, что видеозапись возможна без согласия работника в силу права работодателя на управление трудом. Для таких дел характерна ссылка работодателя на ст. 22 ТК РФ и даже на ст. 34 Конституции о свободе предпринимательской деятельности. Эти ссылки, как правило, суд повторяет в мотивировочной части решения.

Полагаем, что знание юристами правовых позиций ЕСПЧ по вопросу защиты частной жизни на рабочем месте и ссылки в подобных заявлениях на ст. 8 ЕКПЧ и на решения ЕСПЧ, рассмотренные выше, могли бы существенно изменить судебную практику России. Стоит подчеркнуть, что в целом федеральное законодательство соответствует стандартам ЕКПЧ<sup>52</sup>. При этом практика его применения противоречит не только общим требованиям при обработке персональных данных работника, установленным ст. 86 ТК РФ, но и основным принципам защиты частной жизни, вытекающим из ст. 8 ЕКПЧ.

Рассмотрим также решения ЕСПЧ о доступе к информации и о защите информации о работнике.

В деле «Суриков против Украины» истец жаловался, что его работодатель (на тот момент — государственная компания) произвольно получил, хранил и использовал информацию относительно его психического здоровья при рассмотрении заявления о повышении в должности. Работодатель отказался повысить истца в должности на основании его непригодности к военной службе из-за проблем с психическим здоровьем. Директор был осведомлен

<sup>51</sup> Решение № 2-6384/2017 от 3.10. 2017. Ленинский районный суд Оренбурга.

<sup>52</sup> См., в частности, Федеральный закон от 27.07.2006 N 152-ФЗ «О персональных данных»// СПС Консультант Плюс.

о них, поскольку в соответствии с национальными законами работодатели были обязаны вести реестр учета военнообязанных сотрудников.

ЕСПЧ отметил, что «передача каждому работодателю общественной функции, включающей хранение конфиденциальной информации о состоянии здоровья его сотрудников, может быть оправданной в рамках ст. 8, если это сопровождается особенно строгими процессуальными гарантиями, в частности, тем, что такая информация будет храниться строго конфиденциально, не будет использована для какой-либо другой цели, кроме цели сбора, и будет поддерживаться в актуальном состоянии»<sup>53</sup>. ЕСПЧ постановил, что такое толкование разрешало хранение информации о состоянии здоровья истца на протяжении длительного времени и позволяло ее раскрытие и использование в целях, не связанных с изначальным назначением ее сбора, и, таким образом, признал несоразмерное вмешательство в права истца на уважение к его частной жизни.

Это очень важное заключение, поскольку ряд постсоветских стран наряду с Россией<sup>54</sup> использует такой же подход к обязанностям работодателя для учета военнообязанных сотрудников и, таким образом, все работодатели в этих странах имеют доступ к персональным данным, касающимся военной службы, которые могут носить конфиденциальный характер.

## **5. Толкование свободы объединения, предусмотренной статьей 11 ЕКПЧ**

Свобода объединения, гарантированная ст. 11 ЕКПЧ, является на протяжении последних 30 лет основой защиты прав профсоюзов на уровне Совета Европы. Данная статья немногословна в отношении свободы на объединение и гарантирует лишь «свободу объединения с другими, включая право создавать профессиональные союзы и вступать в таковые для защиты своих интересов».

Давно стали классикой дела ЕСПЧ, в рамках которых было признано, что данная статья гарантирует право на коллективные переговоры<sup>55</sup> и право на забастовку<sup>56</sup>, право на забастовку солидарности<sup>57</sup>, запрет условия о закры-

---

<sup>53</sup> ECtHR, Surikov v. Ukraine (42788/06) 26/01/2017. Para 86.

<sup>54</sup> Например, Армения и Азербайджан.

<sup>55</sup> ECtHR, Demir and Baykara v. Turkey [GC] (34503/97) 12/11/2008.

<sup>56</sup> ECtHR, Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie (68959/01), 21/04/2009.

<sup>57</sup> ECtHR, National Union of Rail, Maritime And Transport Workers v. The United Kingdom (31045/10) 08/04/2014. Это решение — очень спорное, поскольку ЕСПЧ заключил, что ст. 11 ЕКПЧ должна толковаться как включающая право на забастовку солидарности, при этом законодатели Великобритании предоставили достаточные аргументы для обоснования необходимости запрета

том цехе<sup>58</sup>, право профсоюза быть услышанным работодателем<sup>59</sup>. Традиционно ЕСПЧ признает право профсоюза быть услышанным работодателем и право создавать профсоюзы и вступать в профсоюзы по своему выбору<sup>60</sup> как основные элементы свободы объединения. Перечисленные выше права не являются абсолютными и могут быть в некоторых случаях ограничены (основания перечислены в п. 2 ст. 11 ЕКПЧ). Например, право на коллективные переговоры может быть гарантировано лишь наиболее представительной профсоюзной организации<sup>61</sup>, право на забастовку может быть ограничено в период коллективных переговоров<sup>62</sup>. Очевидно, что формулировка п. 2 ст. 11 позволяет ограничивать перечисленные права лиц, входящих в состав вооруженных сил, полиции или административных органов государства<sup>63</sup>, но не позволяет ввести полного запрета на реализацию основных прав, перечисленных выше<sup>64</sup>.

Из практики ЕСПЧ за последние два года несколько дел, рассмотренных по ст. 11 ЕКПЧ, особенно интересны для специалистов по трудовому праву. Одно из них («Tek Gıda İş Sendikası против Турции»<sup>65</sup>) касается двух важных аспектов: отказ судебных органов Турции признавать представительность профсоюзной организации для коллективных переговоров в компании и увольнение сотрудников, которые вопреки требованию работодателя отказались аннулировать свое членство в профсоюзной организации. Дело изначально касалось порядка подсчета количества работников в организации, объединяющей три завода и головной офис. Компания полагала, что работники офиса должны быть также учтены в общем количестве работников, и эта точка зрения была поддержана судами Турции. Следовательно, повысились требования к количеству членов профсоюза, которым профсоюз–заявитель уже не отвечал. Во время рассмотрения дела в судах компания под страхом увольнения потребовала у работников, являвшихся членами профсоюза–заявителя, выйти из профсоюза. 40 работников отказались, но затем были уволены по экономическим основаниям или вследствие «несоответствия занимаемой должности». При обжаловании увольнения суды признали, что оно было

---

таких забастовок, а заявитель не предоставил доказательств, свидетельствующих, о том, что в их случае данный запрет привел к непропорциональному ограничению их свободы объединения.

<sup>58</sup> ECtHR, Sorensen and Rasmussen v. Denmark (52562/99 52620/99) 11.01.2006.

<sup>59</sup> ECtHR, National union of Belgian police v. Belgium (4464/70) 27.10.1975.

<sup>60</sup> ECtHR, Matelly v. France (10609/10) 02.10.2014.

<sup>61</sup> ECtHR, National union of Belgian police v. Belgium...

<sup>62</sup> ECtHR, Association of Academics v. Iceland (application no. 2451/16) 07.06.2018.

<sup>63</sup> ECtHR, Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (Er.N.E.) v. Spain (45892/09) 08.09.2015.

<sup>64</sup> ECtHR, Matelly v. France (10609/10) 02.10.2014.

<sup>65</sup> ECtHR, Tek Gıda İş Sendikası v. Turkey (35009/05) 04.04.2017.

обусловлено их членством в профсоюзе и, следовательно, было незаконным. Компания должна была восстановить работников *или* выплатить компенсацию за необоснованное увольнение в размере заработной платы уволенного за 12 месяцев. Профсоюз утверждал, что такое решение судов оставило работодателю возможность выбирать между восстановлением и выплатой компенсации за увольнение, создав тем самым возможность отказа в восстановлении работников, желающих остаться членами профсоюза.

Согласно практике ЕСПЧ государства обладают обширными полномочиями при определении условий для признания представительности профсоюзной организации в целях наделения их правом ведения коллективных переговоров. По законодательству Турции для получения такого права профсоюз должен объединять не менее половины работников организации. В рамках настоящего дела Суд изучил, каким образом национальные суды применяли это правило и решил, что постановление судов об оценивании представительности на основании общего количества сотрудников, а не только тех, кто работает в головном офисе, нельзя считать произвольным или необоснованным. Такое решение, по мнению ЕСПЧ, не сказалось на праве профсоюзов попытаться убедить работодателя другими способами, отличными от коллективных переговоров<sup>66</sup>. На основании этого был сделан вывод, что решения турецких судов об отказе профсоюзу в признании его представительным в целях ведения коллективных переговоров не нарушили ст. 11 ЕКПЧ.

В данном деле ЕСПЧ также постановил, что отказ восстановить на работе неправомерно уволенных членов профсоюза привел к потере союзом-истцом его членов и отрицательно сказался на других сотрудниках, которые не могли не оценить отказ в восстановлении на работе как прямую угрозу потери работы в случае объединения<sup>67</sup>. Таким образом, государство не выполнило позитивного обязательства обеспечить союзу-истцу возможность воспользоваться правом поиска способа убедить работодателя выслушать его мнение и, таким образом, нарушило ст. 11 ЕКПЧ.

Важно отметить, что законодательство Турции не было предметом анализа в свете ст. 11 ЕКПЧ. Тем не менее такой анализ мог бы быть весомым вкладом в защиту прав профсоюзных организаций в тех странах, где порог представительности высок (например, в России). Профсоюз мог сослаться на позиции МОТ, которая установила, что чрезмерно высокий порог представительности может препятствовать поощрению и развитию свободного и добровольного заключения коллективных договоров<sup>68</sup>. ЕКСП заявил, что

---

<sup>66</sup> Там же.

<sup>67</sup> ECtHR, *Tek Gıda İş Sendikası v. Turkey* (35009/05). Para 52.

<sup>68</sup> Например, *Direct Request* (CEACR) — 2016, 106th ILC session (2017) *Right to Organise and Collective Bargaining Convention*, 1949 (No. 98) — Côte d'Ivoire.



применение критериев представительности не должно вести к автоматическому исключению малых или недавно созданных профсоюзов в пользу более крупных и давно действующих профсоюзов<sup>69</sup>.

Также стоит отметить, что мнение ЕСПЧ по второму вопросу о возможности отказать в восстановлении незаконно уволенных сотрудников и выплате им компенсации созвучно общему подходу Европейского комитета по социальным правам. Данный орган, толкуя нормы Европейской социальной хартии о защите от увольнения, пришел к выводу, что национальное законодательство должно обеспечить восстановление на работе как средство защиты права при незаконном увольнении<sup>70</sup>.

Право на забастовку — «сердце свободы объединения в профсоюзы», поскольку без нее работники не могут вести коллективных переговоров [Kahn-Freund O., 1977: 225]. В 2018 году Суд рассмотрел дело о праве на забастовку против России. Это дело «Огневенко против России»<sup>71</sup>, которого специалисты в области трудового права ждали почти 10 лет. ЕСПЧ признал увольнение машиниста электропоезда за участие в забастовке непропорциональным ограничением его права на свободу объединения. Основанием решения стало *косвенное* признание того, что введение абсолютного запрета на забастовки широкого перечня сотрудников железной дороги является нарушением ЕКПЧ. Перечень установлен ст. 26 Федерального закона «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» от 10.01.2003 №17-ФЗ и сформулирован так: «Забастовка как средство разрешения коллективных трудовых споров работниками железнодорожного транспорта общего пользования, деятельность которых связана с движением поездов, маневровой работой, а также с обслуживанием пассажиров, грузоотправителей (отправителей) и грузополучателей (получателей) на железнодорожном транспорте общего пользования и перечень профессий которых определяется федеральным законом, является незаконной и не допускается». При этом до сих пор не принят закон, перечисляющий профессии, на которые этот запрет распространяется. Этот пробел восполняется на практике расширительным подходом к толкованию данной статьи и выводом, что забастовка запрещена всем работникам, имеющим отношение к указанной в законе деятельности.

К сожалению, вывод ЕСПЧ о противоречии самой нормы российского законодательства ЕКПЧ не прозрачен и следует из системного толкования

---

<sup>69</sup> ECSR, UA 2010, NO 2013, AD 2014, AM 2014, RU 2014. Цит. по: The concept of representativeness at national, international and European level. Brussels: Publications Office of the European Union, 2016.

<sup>70</sup> European Committee of Social Rights Conclusions 2016 FINLAND, p. 40. Available at: [http://hudoc.esc.coe.int/app/conversion/pdf?library=ESC&id=CR\\_2016\\_FIN\\_ENG&filename=CR\\_2016\\_FIN\\_ENG.pdf](http://hudoc.esc.coe.int/app/conversion/pdf?library=ESC&id=CR_2016_FIN_ENG&filename=CR_2016_FIN_ENG.pdf) (дата обращения: 20-10-2018)

<sup>71</sup> ECtHR, Ognevenko v. Russia (44873/09) 20.11.2018.

ряда параграфов решения по делу Огневенко<sup>72</sup>. Судья Дедов выступил с отдельным мнением, в котором дал справедливую, хотя эмоциональную критику данного решения ЕСПЧ.

Внимательное прочтение решения суда и отдельного мнения судьи Дедова убеждает, что ЕСПЧ мог принять и другое решение по этому делу. Согласно традиционному подходу ЕСПЧ, право на забастовку является существенным в рамках права на объединение, но не абсолютным<sup>73</sup>. Другие международные акты и акты толкования международного права подчеркивают необходимость соответствия забастовки разумным правилам<sup>74</sup>. В данном деле очевидно отсутствие внимания ЕСПЧ к факту несоблюдения требований к объявлению забастовки, которые являются общими для всех работников. Было бы странно предположить, что наличие законодательный запрет на забастовки определенных групп работников означает а priori законность любого приостановления работы такими работниками в свете ЕКПЧ, если запрет сам по себе противоречит нормам международного права. Согласно российскому праву<sup>75</sup>, для проведения забастовки необходимо коллективный трудовой спор и прохождение примирительных процедур. Анализ обстоятельств дела, изложенных в решении, приводит к выводу, что в данном случае не было ни коллективного трудового спора, ни примирительных процедур. В связи с этим полагаем, что ЕСПЧ не должен был рассматривать акт отказа заявителя от выполнения трудовых обязанностей как забастовку, а сосредоточить внимание на анализе пропорциональности непосредственно законодательного запрета забастовок на железнодорожном транспорте.

Несмотря на несогласие автора с подходом ЕСПЧ к анализу этого дела, данное решение имеет огромное значение. Это первое обязательное решение правозащитного органа<sup>76</sup>, который косвенно признает, что общий запрет забастовок на железных дорогах несовместим со стандартами в области прав человека, а именно, со ст. 11 ЕКПЧ. Этот вывод — яркий пример взаимосвязанности деятельности международных органов в области защи-

---

<sup>72</sup> Там же. Para 77-79.

<sup>73</sup> ECtHR, Trade Union in the Factory “4th November” v. “the Former Yugoslav Republic of Macedonia” (15557/10) 08.09.2015; Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey (68959/01) 21.04.2009.

<sup>74</sup> ILO CFA Digest 1996. Para. 498.

<sup>75</sup> Ст. 37 Конституции России и ст. 409 ТК РФ.

<sup>76</sup> В числе необязательных для исполнения актов международных органов стоит отметить следующие: UN CESCR, Concluding observations on the sixth periodic report of the Russian Federation, E/C.12/RUS/CO/6 16 October 2017; ILO CFA, Report no. 333, March 2004, case no. 2251; ILO CEACR, Observations in respect of Russia, adopted in 2016, 2012, 2010, 2006, 2005, 2004. Available at: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:1> (дата обращения: 18-08-2019); ECSR, Conclusions, 5 December (2014/def/RUS).

ты прав человека, поскольку решение в значительной степени основано на выводах Комитета по свободе объединений МОТ и ЕКСП. Остается надеяться, что это решение будет поводом к тому, чтобы правительство России, наконец, сделало необходимые шаги для утверждения списка профессий железнодорожного персонала, которому будет адресован запрет забастовок. Вряд ли можно ожидать, что запрет будет отменен, ведь Конституционный суд в Определении 2007 года<sup>77</sup> выразил мнение, что данное регулирование не противоречит Конституции. Следовательно, в процессе исполнения решения может возникнуть вопрос о возможности исполнения решения ЕСПЧ в свете положений Конституции Российской Федерации.

## **Заключение**

Анализ подхода ЕСПЧ к защите некоторых трудовых прав демонстрирует, что ЕКПЧ, несмотря на почти полное отсутствие в ее тексте упоминаний о трудовых правах, является важным инструментом защиты права на уважение частной жизни сотрудника на работе, защиты персональных данных, реализации коллективных трудовых прав. По нашему мнению, с развитием технологий для наблюдения за сотрудником количество таких дел, рассматриваемых в свете ст. 8 ЕКПЧ, будет расти. Особенно важен в данном отношении подход Суда к оценке соразмерности вмешательства.

Российские суды в делах о видеонаблюдении за сотрудниками исходят из права работодателя контролировать исполнение работниками их обязанностей и не анализируют ситуацию в свете возможности принятия работодателем других мер для достижения этой цели<sup>78</sup>. Полагаем, что в таких делах ссылка представителей истцов на практику ЕСПЧ, на критерии соразмерности вмешательства, разработанные в практике этого Суда, могла бы способствовать более взвешенному анализу обстоятельств российскими судами.

Расширенное толкование понятия принудительного труда и торговли людьми, данное ЕСПЧ в 2017 году, также, по мнению автора, имеет значение для российской практики. Дела, аналогичные делу «Човдури против Греции», нельзя найти в практике российских судов, хотя торговля людьми

---

<sup>77</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 8.02.2007 N 275-О-П «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Линева Сергея Юрьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 статьи 26 Федерального закона «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации»».

<sup>78</sup> Решение от 19.05.2017 по делу № 2-1609/2017 Ленинский районный суд Воронежа; Апелляционное определение Алтайского краевого суда от 15.10.2013 по делу N 33-8403/2013; Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Оренбургского областного суда от 3.12.2014 по делу № 33-7039/2014.

является преступлением, запрещенным ст. 127.2 УК РФ<sup>79</sup>. Согласно данным судебной статистики, в 2017 году за куплю-продажу человека, иные сделки в отношении человека, а равно совершенные в целях его эксплуатации вербовку, перевозку, передачу, укрывательство или получение не было вынесено ни одного обвинительного приговора; 8 человек было осуждено за совершение деяний, предусмотренных квалифицированным составом ч. 2 ст. 127.1, 12 человек — за преступления, предусмотренные ч. 3 данной статьи<sup>80</sup>. Эти данные свидетельствуют, что деяния, в которых отсутствуют отягощающие обстоятельства, предусмотренные ч. 2 и 3 ст. 127.1 УК РФ, не попадают в поле зрения правоохранительных органов.

Наконец, чрезвычайно важен подход ЕСПЧ к определению соразмерности ограничения права на забастовку, который, можно надеяться, будет воспринят российским законодателем, и нормы Трудового кодекса РФ об ограничении права на забастовку, так же, как и нормы Федерального закона «О железнодорожном транспорте в РФ», будут изменены.



## Библиография

Актуальные проблемы трудового права / под ред. Лютова Н.Л. М.: Проспект, 2017. 688 с.

Cullen H. (2006) *Siliadin v France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights*. *Human Rights Law Review*, no 3, pp. 585–592.

Cabrelli D. (2016) *Employment Law in Context*. Oxford University Press, 944 p.

De Schutter O. (2005) *The Prohibition of Discrimination Under European Human Rights Law Relevance For EU Racial And Employment Equality Directives*. European Commission. Luxembourg: Official Publications of the European Communities, 58 p.

Mundlak G. (2002) *Human Rights and Labor Rights: Why Don't the Two Tracks Meet*. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 34, pp. 217–246.

Kolben K. (2009) *Labor rights as human rights*. *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, pp. 449–481.

Dorssemont F., Lörcher K. (2013) *The European Convention on Human Rights and the employment relation*. Oxford: Hart, 482 p.

Harris D.J., O'Boyle M., Warbrick C. (2009) *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 902 p.

Hendrick F., Van Bever A. (2013) *Article 8 ECHR: judicial patterns of employment privacy protection*. F. Dorssemont et al, eds. *The European Convention on Human Rights and the employment relation*. Oxford: Hart, 482 p.

<sup>79</sup> Автором рассмотрены шесть приговоров, вынесенных российскими судами по ст. 127.1 УК РФ в 2016-2018 гг. Available at: URL: <http://www.sudact.ru> (дата обращения: 18-08-2019)

<sup>80</sup> Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации. Отчет о сроках лишения свободы и размерах штрафов за 12 месяцев 2017 года. Available at: URL: [http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya\\_statistika/2018/K7\\_1-svod-2017.xls](http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya_statistika/2018/K7_1-svod-2017.xls) (дата обращения: 20-10-2018)

Jacobs A. (2013) Article 11 ECHR: The Right to Bargain Collectively under Article 11 ECHR. F. Dorssemont et al, eds. *The European Convention on Human Rights and the employment relation*. Oxford: Hart, 482 p.

Leka S., Jain A. (2016) *International Initiatives to Tackle Psychosocial Risks and Promote Mental Health in the Workplace: Is There a Good Balance in Policy and Practice? Psychosocial Factors at Work in Asia Pacific*. New York: Springer, pp. 23–43.

Mantouvalou V. (2006) *Servitude and Forced Labour in the 21st Century: The Human Rights of Domestic Workers*. *Industrial Law Journal*, no 4, p. 395–414.

Pati R. (2011) “States’ Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in *Rantsev v. Cyprus & Russia*.” *Boston University International Law Journal*, no 1, pp. 82–142.

Peers S. (2016) ‘Is Workplace Privacy Dead? Comments on the *Bărbulescu* Judgement’. *EU Law Analysis*, 14 January. Available at: <http://eulawanalysis.blogspot.hu/2016/01/is-workplace-privacy-dead-comments-on.html> (дата обращения: 20-08-2017)

Reidy A. (2002) *A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*. *Human rights handbooks*, no 6. Available at: <https://rm.coe.int/168007ff4c> (дата обращения: 20-06-2018)

Rushton K. (2017) *Bosses can now read staff’s private messages sent on WhatsApp and similar forums during work hours, European court rules*. Available at: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3397433/European-court-says-bosses-read-staff-s-private-messages.html> (дата обращения: 20-08-2017)

Van der Sloot B. (2015) *Privacy as Personality Right: Why the ECtHR’s Focus on Ulterior Interests Might Prove Indispensable in the Age of “Big Data”?* *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 31, pp. 25–50.

Van Hiel I. (2013) *The Right to Form and Join Trade Unions Protected by Article 11 ECHR*. F. Dorssemont et al, eds. *The European Convention on Human Rights and the employment relation*. Oxford: Hart, 482 p.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 5**

### **Contribution of the European Court of Human Rights to Interpretation of Human Rights in the Sphere of Labor**



**Elena Sychenko**

Associate Professor, Department of Labor and Social Law, Law Faculty, Saint Petersburg State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 7, 22th Line, Saint Petersburg, Russian Federation. E-mail: [e.sychenko@mail.ru](mailto:e.sychenko@mail.ru)



#### **Abstract**

The article examines the most important judgments of the European Court of Human Rights relating to the protection of labour rights. The author analyzed the cases were considered in recent years under articles 3, 4, 8 and 11 of the European Convention on Human Rights. In particular, the cases on the investigation of occupational accidents, prohibition of forced labor, protection of the private life of workers and of their right for freedoms of expression and association are dealt with in the paper. Author positively evaluates that European Court on Human Rights has prepared a whole system of reviewing

actions of the employer for a control over fulfilling by the employers their working duties and functions (among control ways and means now it is possible to discover for example videotaping, reviewing electronic post and phone talks, etc.) In present times the European Court on Human Rights looks at that control from the point of view of Article 8 of the European Convention of Human Rights. The Court has formulated an opinion that it has a sense for national judicial bodies follow the widened understanding of the Article in cases concerning issue of non-legitimate behavior of employers. Also majority of the judges of European Court on Human Rights believe in necessity of the widened understanding of such phenomena as forced labor and trade by human persons. Author is sure that transplantation of that practice of the European Court at the Russian Federation soil would turn to be quite useful for interests of most unprotected social strata/groups — that is, in particular, invalids, inner and foreign migrants. Object of author's critic is overall ban over railway strikes contradicting to norms of Article 11 of the Convention as the European Court of Human Rights has claimed in the case *Ognevenko vs. Russian Federation*.



### Keywords

European Court of Human Rights; European Convention; forced labour; protection of privacy; labor rights; courts; trade unions; true justice.

**For citation:** Sychenko E. V. (2019) Contribution of the European Court of Human Rights to interpretation of Human Rights in the Sphere of Labor. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 5, pp. 54–79 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.54.79



### References

- Cabrelli D. (2016) *Employment Law in Context*. Oxford: University Press, 944 p.
- Cullen H. (2006) Siliadin v France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, no 3, pp. 585–592.
- De Schutter O. (2005) *The Prohibition of Discrimination Under European Human Rights Law Relevance For EU Racial And Employment Equality Directives*. European Commission. Luxembourg: Official Publications of European Communities, 58 p.
- Dorssemont F., Lörcher K. (eds.) (2013) *The European Convention on Human Rights and the employment relations*. Oxford: Hart, 482 p.
- Harris D., O'Boyle M., Warbrick C. (2009) *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: University Press, 902 p.
- Hendrick F., Van Bever A. (2013) Article 8 ECHR: judicial patterns of employment privacy protection. F. Dorssemont et al (eds.) *The European Convention on Human Rights and the employment relations*. Oxford: Hart, 482 p.
- Jacobs A. (2013) Article 11 ECHR: The Right to Bargain Collectively under Article 11 ECHR. *The European Convention on Human Rights and the employment relations*. Oxford: Hart, 482 p.
- Kolben K. (2009) Labor rights as human rights. *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, pp. 449–481.
- Leka S., Jain A. (2016) International Initiatives to Tackle Psychosocial Risks and Promote Mental Health in the Workplace: Is There a Good Balance in Policy and Practice? *Psychosocial Factors at Work in Asia Pacific*. New York: Springer, pp. 23–43.
- Lutov V.L. et al (2017) *Issues of Labor Law*. Moscow: Prospect, 688 p. (in Russian)

Mantouvalou V. (2006) Servitude and Forced Labour in the 21st Century: The Human Rights of Domestic Workers. *Industrial Law Journal*, no 4, p. 395–414.

Mundlak G. (2002) Human Rights and Labor Rights: Why Don't the Two Tracks Meet. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 34, pp. 217–246.

Pati R. (2011) "States' Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in Rantsev v. Cyprus & Russia. *Boston University International Law Journal*, no 1, pp. 82–142.

Peers S. (2016) 'Is Workplace Privacy Dead? Comments on the Bărbulescu Judgement'. EU Law Analysis, 14 January. Available at: <http://eulawanalysis.blogspot.hu/2016/01/is-workplace-privacy-dead-comments-on.html> (accessed : 20-08-2017)

Reidy A. (2002) A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights. Human rights handbooks, no 6. Available at: <https://rm.coe.int/168007ff4c> (accessed: 20-06-2018)

Rushton K. (2017) Bosses can now read staff's private messages sent on during work hours, European Court rules. Available at: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3397433/European-court-says-bosses-read-staff-s-private-messages.html> (accessed: 20-08-2017)

Van der Sloot B. (2015) Privacy as Personality Right: Why the ECtHR's Focus on Ulterior Interests Might Prove Indispensable in the Age of "Big Data"? *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 31, pp. 25–50.

Van Hiel I. (2013) The Right to Form and Join Trade Unions Protected by Article 11 ECHR. *The European Convention on Human Rights and the employment relations*. Oxford: Hart, 482 p.

# Конституционное балансирование в России: практика и перспективы

---

 **Е.С. Аничкин**

Доцент, кафедра трудового, экологического права и гражданского процесса Алтайского государственного университета, доктор юридических наук. Адрес: 656049, Российская Федерация, Барнаул, Социалистический проспект, 68. E-mail: rrd231@rambler.ru

 **Ю.А. Рудт**

Старший преподаватель, кафедра конституционного и муниципального права Сибирского института управления РАНХИГС. Адрес: 630102, Российская Федерация, Новосибирск, ул. Нижегородская, 6. E-mail: arudt@mail.ru

---

 **Аннотация**

Статья посвящена исследованию ценностного подхода при анализе конституционно-правовых споров в практике Конституционного Суда Российской Федерации. Целью является выявление особенностей поиска баланса конституционных ценностей в конституционно-судебной практике и систематизация наиболее часто встречающихся вариантов балансирования. При анализе использованы системно-структурный, формально-юридический, сравнительно-правовой методы, методы толкования права и прогнозирования. При исследовании раскрыто представление о балансе конституционных ценностей как принципе конституционного толкования. При этом указывается, что Конституционный Суд Российской Федерации при поиске и установлении баланса конституционных ценностей играет субсидиарную роль по отношению к законодателю. Балансирование выступает одним из приемов конституционного толкования. Российская и зарубежная доктрины сходятся в представлении о балансировании как об элементе, приеме, способе принятия рационального решения конституционно-правового спора. Другой схожий элемент — склонность к теоретическому признанию равной значимости, отсутствия линейной иерархии ценностей. В качестве эмпирической базы исследования использованы итоговые решения Конституционного Суда Российской Федерации 2011–2017 годов. Установлено, что в решениях Суда наиболее часто встречаются отсылки к ценности прав и свобод человека и гражданина (ст. 2 Конституции Российской Федерации). Так как эти отсылки не всегда имеют содержательное значение для аргументации, указывается на их шаблонный характер. Практика позволяет утверждать, что конституционные ценности, будучи закрепленными в Основном законе, должны защищаться и балансироваться усилиями не только конституционного толкования, но и всех отраслей права. Поддержание баланса конституционных ценностей становится задачей всех правоприменительных субъектов и граждан. Выделены три часто встречающиеся модели балансирования: основанное на иерархическом доминировании, основанное на конституционных принципах, делегированное балансирование. Основная перспектива развития балансирования в судебной практике связывается с совершенствованием принципа состязательности в конституционном процессе. Для этого предлагается публиковать материалы конституционно-судебных дел, добавлять разделы в структуре итоговых решений.

---





## Ключевые слова

конституция; конституционное правосудие; толкование права; ценности; аксиология; права человека

**Для цитирования:** Аничкин Е.С., Рудт Ю.А. Конституционное балансирование в России: право и перспективы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 80–100.

УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.80.100

## Введение

Ценностное содержание конституций находится в центре внимания и познавательного интереса отечественных и зарубежных ученых и практиков. В российском контексте нормативная основа аксиологического подхода представлена самим конституционным текстом. В концентрированном виде ценности представлены в преамбуле Конституции Российской Федерации. Статья 2 прямо указывает связь ценностного и антропологического подходов к конституционному праву, когда провозглашает человека, его права и свободы высшей ценностью.

Формальные предпосылки дополняются интенсивным развитием конституционно-судебной практики. Как отмечает Председатель Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькин, идеологический вакуум в России привел к невозможности «скрепить» ее «чем-либо, кроме права»<sup>1</sup>. Само право в его интерпретации именуется «суперценностью», уважение которой является долгом гражданина. Судья Конституционного Суда Российской Федерации Н.С. Бондарь невольно продолжает эту идею, когда признает Суд проводником и генератором конституционных ценностей, а конституционное право «ядро(м) всей правовой системы и каждой отрасли в отдельности» [Бондарь Н.С., 2013:76]. Получается, что в представлении судей высший орган конституционного контроля может идентифицировать себя одновременно в качестве кузнеца и своеобразного щита, охраняющего национальные конституционные ценности, «скрепляющие» государство и общество.

Помимо научных и публицистических материалов, об использовании аксиологического подхода к конституционным нормам и спорам свидетельствует практика Конституционного Суда Российской Федерации. Инструментом практического «скрепления» и гармонизации ценностей помимо классических способов толкования выступает метод, именуемый баланси-

<sup>1</sup> Available at: URL: <https://rg.ru/2015/03/23/zorkin-site.html> (дата обращения: 13.08.2018)

ванием. Поскольку балансирование становится теоретически и практически признаваемым, то логично и актуально исследовать практику его фактического применения. Выводы, полученные на основе изучения сложившихся моделей балансирования, будут представлены для прогнозирования направлений возможного развития аксиологического толкования в российской теории и практике.

## 1. Теоретические предпосылки

В российской и зарубежной правовой науке конституционного права развитие категорий «баланс» и «балансирование» внутренне противоречиво. Их широкое использование в дискурсе о правах человека и конституционном контроле одновременно отличается разным смысловым наполнением.

В значении, приближенном к современному пониманию, идея баланса применительно к судебной сфере уходит корнями в немецкую школу *Interessenjurisdenz* (юриспруденция интересов) и американскую школу юридического реализма первых декад XX в. Балансирование воспринималось как инструмент урегулирования конфликтов социальных интересов и формулирования правовых норм. При этом указанные школы, как отмечает Дж. Бомхофф, развивали разные ее аспекты, но в целом стремились к практической цели – мирному сосуществованию разных групп и сообществ как условия демократии [Bomhoff J., 2013: 72]. Широкое применение в судебной практике методологии балансирования отмечается с 1950–1960-х гг. Характерно, что, несмотря на длительность применения балансирования, ни доктрина, ни практика строго не различают понятия «ценность» и «интересы».

Обратим внимание, что внутри американской и немецкой правовых доктрин развивались методы, близкие балансированию, и подобные «strict scrutiny» (строгое следование) в США и «Practische Konkordanz» (практический конкорданс) в Германии [Fischer-Lescano A., 2008: 166]. Открытыми в зарубежной науке остаются вопросы об отнесении принципа пропорциональности (соразмерности) к числу методик балансирования и спор о французских корнях принципа балансирования в юриспруденции [Bomhoff J., 2013: 30].

Стоит отметить, что метод балансирования исторически развивался в качестве ответа на неструктурированные и слабо обоснованные решения высших судов, как в американской, так и в немецкой правовой науке. Теоретики, стоящие у ее истоков, стремились формализовать, задать рамки процессу принятия правовых решений высшими судебными инстанциями. Таким образом, балансирование призвано придать конституционно-судебному решению рациональное обоснование.

В целом этапы поиска баланса в разных юрисдикциях похожи. На первом этапе выявляются конституционные ценности, вступающие в конфликт. На втором этапе судьи оценивают предмет конфликта и степень угрозы защищаемым ценностям. Другими словами, оцениваются неблагоприятные последствия, которые терпят субъекты при реализации своих прав. На третьем этапе происходит анализ альтернатив линейного разрешения конфликта. Здесь под «линейным» мы понимаем вариант ответа на спор в пользу одной из сторон, когда вторая продолжает испытывать негативные последствия. Нелинейный подход может подразумевать необходимость одновременно введения ограничений в отношении субъектов или предоставление дополнительных гарантий одной из сторон, испытывающей лишения. Таким образом, балансирование связывается, как правило, с необходимостью компромиссного решения, а судьи превращаются в своего рода медиаторов.

В российской доктрине разработка балансирования также связывается с принципом сохранения каждой ценности при возникновении конфликтов. К примеру, С.В. Михайлов в диссертационном исследовании утверждает, что балансирование «ни в коем случае не может сводиться к простому предпочтению одной правовой ценности в пользу другой, поскольку это было бы равносильно отрицанию одной из них» [Михайлов С.В., 2011: 10].

Интересны позиции практиков — судей Конституционного Суда Российской Федерации. Так, судья Г.А. Гаджиев поиск баланса отождествляет с рациональным поиском решения конфликта при презумпции равноценности и отсутствия иерархии ценностей [Гаджиев Г.А., 2012: 3–17]. Судья Н.С. Бондарь в размышлениях идет дальше и указывает, что разрешение конституционно-правового противоречия не всегда предполагает устранение коллизии, но всегда обязывает сохранить значение каждой из ценностей — их ядро [Бондарь Н.С., 2009: 4–8].

Сказанное позволяет выявить сразу несколько теоретических условий балансирования. Первое — балансирование представляет собой прием рационального поиска решения конституционно-правового конфликта, т.е. это часть теории конституционного толкования, один из его приемов. Второе — балансирование основано на отказе от линейного разрешения спора (в пользу одного из конфликтующих субъектов). Это означает комплиментарность балансирования — оно применимо именно при конфликте ценностей, а не обычном конфликте норм (который может быть разрешен на основе иных способов толкования). Третье — при балансировании признается равное значение ценностей и отсутствие их заданной иерархии. Условие равнозначности требуется для достижения компромисса ценностей. В этом плане баланс конституционных ценностей выступает принципом конституционно-судебного толкования.

Что касается условия отсутствия иерархии между ценностями, то нельзя сказать, что оно должно пониматься буквально. В продолжение этой идеи интересна мысль А.А. Петрова рассматривать вопрос о внутренней иерархичности конституционных норм не в классической связке «вышестоящие — нижестоящие», а в альтернативной схеме, базируясь на теории многоуровневых систем. Различаются три элемента иерархии: иерархия страт (принцип взаимовключения, «матрешка»), иерархия слоев или семейств от простого к сложному, иерархия организационная (часть элементов системы наделяется особым решающим функционалом) [Петров А.А., 2014: 156]. Применительно к конституционным ценностям полезным было бы развитие идеи об организационной иерархии, которая, как видится, наиболее точно объясняет значение ст. 2 Конституции Российской Федерации о доминировании прав и свобод человека и гражданина, как специальном решающем элементе сложной конституционно-ценностной системы.

Обозначенные теоретические штрихи дают первоначальное представление о балансировании. Однако гораздо важнее обратить внимание на практическую его реализацию.

## **2. Практическое балансирование: общие характеристики**

Рассмотрим основные тенденции использования категорий «ценность» и «баланс ценностей» в практике Конституционного Суда Российской Федерации в период с 2010 г. по конец 2017 г. Данный период избран в качестве показательного, исходя из следующих доводов.

Во-первых, в 2011 г. была проведена реформа организационной стороны конституционного процесса. Ранее решения Суда состояли из одинаковых по юридической силе решений палат и пленума. После реформы все решения принимаются судьями совместно, без деления на палаты. Как отметил судья А.Н. Кокотов, главным мотивом изменений 2011 г. была «необходимость обеспечения единства конституционно-судебной практики» [Белов С.А., 2013: 158]. Это означает, что, начиная с 2011 г. решения Суда применительно к использованию отсылок на конституционные ценности и балансирования могут быть исследованы в едином представлении всех судей об их сущности и значении.

Во-вторых, законодательные новеллы 2010-2011 гг. воспринимаются в научной литературе как основания для начала «третьего этапа в развитии конституционного судопроизводства в России» [Гаджиев Г.А., 2011: 19]. Отмечается, что внесенные поправки изменили не только структуру Конституционного Суда Российской Федерации, но и существо основных принципов

его деятельности. Так как в фокусе нашего исследования находятся правовые позиции Суда, то обратим внимание, что в 2010 г. после исключения ст. 73 из Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» исключена возможность изменения Судом данных позиций в рамках установленной юридической процедуры. Таким образом, в сферу нашего исследовательского внимания входят решения и правовые позиции Суда, принятые на третьем этапе конституционно-судебного развития.

В-третьих, важно отметить содержательную однородность решений в этот временной промежуток — она выражается в концентрации внимания Конституционного Суда Российской Федерации на проблемах развития прав человека, в то время как на первых этапах своей деятельности в задачи Суда входило также поддержание принципа разделения властей, установления принципа сдержек и противовесов, что выражалось в активном использовании органами власти права на обращение в Суд.

В результате анализа решений Конституционного Суда в указанный временной промежуток выделено три наиболее характерных особенности отсылок к ценностному содержанию Конституции Российской Федерации.

Первое. Конституционное закрепление высшей ценности человека, его прав и свобод находит наиболее частые отклики в мотивировочной части судебных решений. В качестве своеобразной традиции Суд обычно отсылает к ст. 2 Конституции в 2 части мотивировочного раздела. Можно сказать, что подобная отсылка становится клише, используемым Судом, как при принятии определений об отказе в рассмотрении жалоб граждан и иных лиц, так и при вынесении постановлений. Представляется, что в данном случае Суд стремится напомнить законодателю и правоприменителю, а также субъекту, обратившемуся с жалобой или запросом, об особом значении ст. 2 в общей иерархии конституционных ценностей. При этом в дальнейшем в тексте решения Суд может и не вернуться к ценностным аспектам Конституции. В подобных случаях не происходит и балансирования конституционных ценностей. Так, в 2014 — 2017 гг. Суд более 120 раз в своих решениях цитировал положения ст. 2 Конституции.

Стоит позитивно оценить эту тенденцию, так как права и свободы человека представляют способ ограничения государственной власти. Они способствуют напоминанию всем субъектам права, что Конституция Российской Федерации как особый по природе общественный договор закрепила центральное положение человека и его прав. Однако несмотря на воспитательный потенциал этого напоминания, нужно заметить, что ст. 2 Конституции таким образом стремится превратиться в рутинный элемент, не связанный с сущностью аргументации.

Второе. Конституционный Суд Российской Федерации в своей практике обращает внимание, что конституционные ценности, будучи закрепленными в Основном законе, должны защищаться и балансироваться усилиями не только гармонизирующего конституционного толкования, но усилиями всех отраслей права.

Так, в Постановлении Суда от 17.10.2011 № 22-П<sup>2</sup> отмечается, что федеральный законодатель для обеспечения «эффективной защиты прав и свобод человека как высшей ценности» при принятии уголовно-процессуального законодательства должен исходить из конституционных целей и ценностей. В Определении Конституционного Суда от 23.12.2014 № 2941-О напрямую написано: «Оспариваемые положения федеральных законов «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и «О персональных данных», послужившие основанием для мотивированного отказа заявителю в фотографировании материалов служебных проверок, содержащих персональные данные сотрудников ФСБ России, направлены на обеспечение разумного баланса конституционно защищаемых ценностей (...)»<sup>3</sup>.

Помимо отраслевого федерального законодательства в целях поддержания баланса ценностей Конституционный Суд Российской Федерации оценивает и региональное законодательство. Так, в Постановлении Суда от 13.07.2010 № 16-П указывается: «Учитывая необходимость соблюдения баланса таких ценностей, как безопасность дорожного движения при оказании услуг населению автомобильным транспортом, в частности, безопасность пассажирских таксомоторных перевозок, и свобода предпринимательской деятельности, законодатель Краснодарского края был вправе — не нарушая федеральное законодательство — установить в сфере перевозок пассажиров таксомоторами индивидуального пользования в Краснодарском крае правовой режим предпринимательской деятельности, который обеспечивал бы безопасность этих перевозок»<sup>4</sup>.

Таким образом, практика Конституционного Суда ориентирует на широкий подход в понимании механизмов обеспечения баланса конституционных ценностей, которые не ограничены собственно конституционно-судебной сферой, а распространяются на практику законодательных органов. Причем стоит признать, что основная задача поддержания баланса защищаемых конституционными нормами ценностей все же принадлежит законодателю, а Конституционный Суд выполняет субсидиарную роль.

Одним из доводов в пользу субсидиарности роли Конституционного Суда Российской Федерации при балансировании состоит в том, что Суд не

---

<sup>2</sup> Российская газета. 2011. 26 октября.

<sup>3</sup> Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс. Раздел «Судебная практика». 2018.

<sup>4</sup> Российская газета. 2010. 28 июля.

определяет законодателю единственно возможный вариант правового регулирования, балансирующий конституционные ценности, но создает рамки, ориентиры для реализации законодателем свободы усмотрения (дискреции) в установлении норм права. В этом проявляются конституционные начала «самоограничения, взвешенности и обоснованности»<sup>5</sup> решений Суда. Представляется, что таким образом Конституционный Суд России способствует гибкому «вживлению» конституционно-правовых ценностей в материю текущего законодательства, реализуя их регулятивный потенциал.

Сдержанность, по нашему мнению, предстает здесь как один из наиболее важных принципов конституционного толкования с использованием конституционных ценностей. Еще при принятии решения о передаче права толкования Конституции именно Конституционному Суду в материалах Конституционного совещания отмечалось, что достоинствами такого толкования станет нейтральность, неполитизированность и объективность Суда<sup>6</sup>. Кроме этого, важно, что Суд ограничен в праве без связи с конкретным запросом или делом давать толкование Конституции.

Примерами проявления субсидиарности конституционно-судебного балансирования служат решения, когда Конституционный Суд, хотя и указывает на необходимость изменения законодательства в целях установления баланса ценностей, законодатель все же бездействует. В результате Суду приходится признавать нормы несовершенными, но формально баланс ценностей без участия законодателя так и не устанавливается.

Примером такого длящегося дисбаланса конституционных ценностей служит отсутствие возможности сбора подписей избирателей, имеющих инвалидность по зрению. Как подчеркивается в мнении Н.С. Бондаря, Конституционный Суд в 1998 году обращал внимание на пробельность законодательства в части установления только собственноручного указания избирателем установленных реквизитов, что не учитывает интересы граждан, имеющих ограничения в силу возраста, состояния здоровья и обстоятельств (Определение № 203-О от 26.01.2017)<sup>7</sup>. В итоге до настоящего момента (в течение 20 лет) законодатель не пытается исправить ситуацию. Согласимся с позицией Н.С. Бондаря, что подобный длящийся пробел создает недопустимую неопределенность, что нарушает принцип равенства, ограничивает конституционное избирательное право как ценность и безусловно требует

<sup>5</sup> См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 17.03.2010 №6-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 117, части 4 статьи 292, статей 295, 296, 299 и части 2 статьи 310 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой закрытого акционерного общества «Довод»» // Российская газета. 2010. 2 апреля.

<sup>6</sup> См.: Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Т. 11. С. 14–29; Т. 18. С. 284, 308 — 361; Т. 19. С. 285.

<sup>7</sup> Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс. Раздел «Судебная практика». 2018.

вмешательства законодателя. Хотя при принятии решения в 2017 г. по указанной проблеме Суд воздержался от рассмотрения ее по существу, стоит заметить, что скорее проблема состоит в отсутствии должного внимания к проблеме со стороны самого законодателя.

К числу субъектов, ответственных за баланс конституционных ценностей, отнесем и органы местного самоуправления. А.Н. Кокотов указывает, что «местное самоуправление в его конституционном измерении — это своеобразный «третий уровень российского конституционализма»<sup>8</sup>. А.А. Джагарян, подчеркивая социальную роль местного самоуправления в России, пишет, что «оно призвано в единстве с органами государственной власти и институтами гражданского общества обеспечивать достойные условия жизни и свободное развитие человека» [Джагарян А.А., 2012: 4]. Согласимся, что местное самоуправление непосредственно влияет на качество жизни человека, опосредует реализацию многих конституционных прав и свобод. Как отмечает Конституционный Суд в Определении от 10.10.2017 №2255-О, существует общая «обязанность признания, соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина в качестве высшей ценности, определяющей смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и правосудия (ст. 2, ч. 2 ст. 15, ст. 18)<sup>9</sup>. Исходя из этого, вклад в балансирование ценностей вносится на уровне муниципального управления.

Третье. Обеспечение баланса конституционных ценностей связано не только с нормативным установлением, развитием конституционно-правовых положений, но и с практикой правоприменения, которая способна нарушить данный баланс. Действительно без анализа правоприменения нельзя сказать, что баланс конституционных ценностей достигается. Для оценки баланса выстраивается своеобразный аналитический круг: от норм Конституции России к федеральному, региональному и муниципальному нормативному блоку, затем к практике их реализации и в конце переход к оценке возможности нормативного выстраивания баланса интересов, прав, целей и принципов, утвержденных в Основном законе.

Формально Конституционный Суд не проверяет правоприменительную практику на ее соответствие нормам Конституции России (в отличие от компетенции своего предшественника — Конституционного Суда РСФСР). При этом анализ решений Конституционного Суда Российской Федерации свидетельствует, что нормы законов получают особый смысл, придаваемый устоявшейся практикой их применения, который в итоге признается некон-

---

<sup>8</sup> Особое мнение судьи к Постановлению Конституционного Суда РФ от 01.12.2015 №3 0-П // СПС Консультант Плюс. Раздел «Судебная практика». 2018.

<sup>9</sup> Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс. Раздел «Судебная практика». 2018.



ституционным. Таким образом, Конституционный Суд косвенно признает судебную и административную практику неконституционной. Как отмечается в научной литературе, подобное расширение судебного контроля, было задумано с самого начала при проведении совещания судей Конституционного Суда по доработке проекта ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» в 1994 году [Коваленко К.А., 2012: 11]. Преимуществом итоговой формулировки статьи 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» является обход прямых конфликтов с ординарными судами, включая Верховный Суд России.

Приведем примеры, когда правоприменителям целесообразно поддерживать посредством своей практики баланс конституционных ценностей. Так, суды в правоприменительной практике обязаны обращать внимание на нарушение конституционных ценностей, к примеру, при рассмотрении дел о публикациях экстремистского характера. Оцениваемый текст должен быть проверен «исходя не просто из его формального содержания, а из его потенциальной способности в современном обществе и в соотношении с распространенными в социуме учениями, не расцениваемыми в качестве экстремистских, приобретать характер, недопустимый с точки зрения ценностей, охраняемых Конституцией Российской Федерации»<sup>10</sup>. Другой пример касается органов исполнительной власти: «Отсутствие в указанном Федеральном законе, а также конкретизирующем его постановлении Правительства Российской Федерации исчерпывающего перечня обстоятельств, относящихся к гуманным побуждениям, достаточным для предоставления лицу временного убежища на территории Российской Федерации, не означает, однако, наличия у правоприменителя неограниченной свободы усмотрения при разрешении вопроса о предоставлении временного убежища, — принятие такого решения должно осуществляться с учетом правовой природы и предназначения института временного убежища, а также конституционного принципа признания прав и свобод человека высшей ценностью (статья 2 Конституции Российской Федерации)»<sup>11</sup>.

В этом примере мы видим сразу два важных послания правоприменителю. Первое: необходимость учета прямого действия Конституции, включая обязательный учет ее конституционных ценностей. Второе: неясность понятия «гуманные побуждения» не свидетельствует о неконституционности оспариваемого закона, а означает необходимость взять на себя ответственность и самостоятельно в конкретном деле находить баланс. Однако оценка

<sup>10</sup> Определение Конституционного Суда РФ №1797-О от 21.09.2017. Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс. Раздел «Судебная практика». 2018.

<sup>11</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 30.09.2010 №1317-О-П. Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс. Раздел «Судебная практика». 2018.

последнего к компетенции Конституционного Суда не относится. Таким образом, Суд в схожих ситуациях ограничивается рамочными рекомендациями органам власти о том, что нужно поддерживать необходимый баланс конституционных ценностей.

### **3. Модели конституционного балансирования**

Обобщая практику Конституционного Суда Российской Федерации, можно выделить три наиболее часто встречающихся модели балансирования.

#### **3.1. Балансирование, основанное на текстуальной иерархии**

Нормативные ориентиры для разрешения конституционных споров прослеживаются не только в ст. 2 (о которой говорилось выше), но и в ст. 16, 55, 56 Конституции Российской Федерации. При конституционном балансировании положения данных статей могут стать осевыми для обоснования вынесения решения в пользу определенной конституционной ценности.

Примером классического варианта балансирования, основанного на текстуальном доминировании одной конституционной ценности над другой, может служить серия дел о доступе к материалам уголовного процесса, содержащим государственную тайну. Эти судебные решения можно проследить с 1996 г. — с решения о допуске к участию в деле адвокатов для обвиняемых, в материалах дел которых содержалась государственная тайна<sup>12</sup>. Тогда ст. 21 Закона от 21.07.1993 № 5485-1 «О государственной тайне»<sup>13</sup> была признана по буквальному смыслу соответствующей Конституции, но было признано неконституционным «распространение положений данной статьи на адвокатов, участвующих в качестве защитников в уголовном судопроизводстве, и отстранение их от участия в деле в связи с отсутствием допуска к государственной тайне» (п. 2 резолютивной части). Как результат, в 1997 году появилась ст. 21.1 о специальном режиме доступа к материалам, содержащим государственную тайну, без прохождения отдельной проверки. Однако проблема с буквальным смыслом обеих статей сохранилась и в последующие годы. Приняты решения в разных формах (и постановления, и определения), но все они содержат расширение текстуального понимания ст. 21 и 21.1 Закона «О государственной тайне».

---

<sup>12</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27.03.1996 №8-П «По делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона Российской Федерации от 21.07.1993 «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина» // СЗ РФ. 1996. № 15. Ст. 1768.

<sup>13</sup> Российская газета. 1993. 21 сентября.

Так, в 2002 г. принято Определение Конституционного Суда от 10.11.2002 №293-О<sup>14</sup> — указано, что суды не имеют права отстранять представителей сторон в арбитражном процессе, если затрагивается государственная тайна. В том же году в Определении Конституционного Суда от 10.11.2002 № 314-О<sup>15</sup> выражена схожая позиция в отношении участников гражданского процесса. В 2014 г. принято Постановление Конституционного Суда от 6.11.2014 № 27-П<sup>16</sup>. Установлена недопустимость ограничения права адвоката знакомиться с постановлением об отказе в возбуждении уголовного дела и материалами, послужившими основанием для такого процессуального решения, со ссылкой на то, что в них содержатся сведения в области оперативно-розыскной деятельности, составляющие государственную тайну.

Характерной особенностью данных решений является отсутствие полноценной практической реализации правовых позиций Конституционного Суда применительно к доминированию права на судебную защиту перед национальной безопасностью (в части необходимости охраны государственной тайны). В связи с этим в итоговых резолюциях Суд вынужден повторять ранее сформулированные выводы снова и снова. С нашей точки зрения, проблема во многом упирается в традицию следования ординарных судей букве закона и недостаточному вниманию к гармонизирующему толкованию в решениях Суда. Разумеется, это препятствует гармонизации действующего законодательства с конституционными гарантиями защиты прав человека.

Для понимания сути проблемы коротко опишем недавнее постановление от 23.11.2017 № 32-П по делу о доступе к материалам оперативно-розыскной деятельности для заинтересованных субъектов<sup>17</sup>. Заявителем являлся бывший оперуполномоченный из Астраханской области, осужденный за заведомо ложный донос. В ходе производства по данному делу почерковедческая экспертиза выявила факты подделки подписей заявителя на документах оперативного учета, из-за ненадлежащего ведения которых его уволили. На этом основании было проведено уголовное расследование по факту служебного подлога. Однако заявитель семь раз получил отказы в возбуждении уголовного дела. При этом заявителя не ознакомили с материалами, на которых были основаны отказы, в связи с наличием в их содержании сведений, составляющих государственную тайну.

Конституционный Суд использовал в мотивировочной части последовательный анализ конфликтующих ценностей. Начинался анализ с оценки

<sup>14</sup> Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс. Раздел «Судебная практика». 2018.

<sup>15</sup> Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс. Раздел «Судебная практика». 2018.

<sup>16</sup> Российская газета. 2014.19 ноября.

<sup>17</sup> Российская газета. 2017. 7 декабря.

значимости права на судебную защиту, которое, как отмечено, выступает абсолютной ценностью: служит гарантией остальных прав, не может по природе им противоречить, не подлежит ограничениям. Далее Суд подчеркнул, что право на ознакомление с материалами уголовного расследования для субъектов процесса (фактических и поименованных в законе) входит в содержание права на судебную защиту. Таким образом, Судом сразу отмечено формальное превосходство ограниченного в деле заявителя права на судебную защиту.

Анализируя вопрос о защите конкурирующей ценности — государственной безопасности, Суд обратился к ранее выраженным правовым позициям о возможности сохранения режима охраны государственной тайны при предоставлении доступа к соответствующей информации без прохождения специальных процедур допуска. Об этом свидетельствуют положения ст. 21.1 Закона «О государственной тайне». В качестве специальных компенсационных механизмов для обеспечения государственной тайны в различных видах судопроизводства могут применяться: «Проведение закрытого судебного заседания, предупреждение участников процесса о неразглашении государственной тайны, ставшей им известной в связи с производством по делу, их привлечение к уголовной ответственности в случае ее разглашения». Примечательно, что, формулируя резолютивную часть решения, Суд так же, как и в 2014 г. (Постановление от 6.11.2014 №27-П), обращается к правоохранительным органам, указывая, что «уполномоченные должностные лица обязаны предпринимать все относящиеся к их компетенции меры, с тем чтобы в материалах проверки сообщения о преступлении содержались лишь те сведения, которые необходимы для принятия соответствующего процессуального решения». Эта мера направлена на поддержание баланса между защитой государственной безопасности (в части государственной тайны) и гарантиями права лица на ознакомление с непосредственно затрагивающими его права и свободы документами и материалами, дающими основание для вынесения постановления об отказе в возбуждении уголовного дела.

### **3.2. Балансирование, основанное на конституционных принципах**

Примером могут выступать дела, решения по которым основаны на принципе конституционного равенства. Иллюстрацией служит постановление от 20.10.2016 № 20-П по делу о болевшем туберкулезом гражданине Республики Кореи Х., получившем запрет на въезд на территорию России в связи с опасным заболеванием<sup>18</sup>. Затем Х. прошел лечение в стране гражданства и желал вернуться в Россию, однако районный суд отказал ему в отмене или при-

---

<sup>18</sup> Российская газета. 2016. 2 ноября.

остановлении действия запрета. В рассматриваемом деле Конституционный Суд выделил следующие затронутые в деле ценности: на одной стороне весов — национальная безопасность и здоровье граждан (ст. 7, 17, 41 Конституции). На второй стороне весов — принцип конституционного равенства (ст. 19) и право на государственную защиту прав и свобод (ст. 45, 46 в части судебной защиты). В целом в судебном решении отмечается, что общий баланс между данными ценностями установлен — при наличии общественно опасных заболеваний иностранный гражданин ограничивается в правах, в том числе в праве на пребывание на территории России, а также подлежит обязательному лечению (либо в России, либо в других странах). Конституционный Суд посчитал такой баланс оправданным и не нарушающим принцип равенства граждан России (имеющих «особую связь с государством») и иностранных граждан при осуществлении передвижения по ее территории. Определив цель ограничения (защита здоровья граждан России), Суд детально не разбирал ее легитимность, формально сославшись на пару международных актов, не препятствующих учитывать признак гражданства при дифференциации прав.

Основной значимый для дела вопрос Суд увидел в правоприменительной практике, которая в силу правового пробела привела к нарушению прав заявителя. В частности, в отсутствие порядка отмены или приостановления действия запрета на въезд и решения о нежелательности пребывания одной из выехавших иностранных граждан, отказавшихся от лечения на территории России, этот запрет становится бессрочным. Проблема коренится в нарушении принципа конституционного равенства — лица, проходящие лечение в России, имеют возможность не быть включенными в список «нежелательных». При выборе зарубежных клиник для излечения иностранцы не имеют возможности вернуться в Россию вне зависимости от факта излечения. То есть проблема не в несоблюдении общего баланса ценностей, а в обеспечении внутригруппового равенства. Отсюда два вывода Конституционного Суда — одновременно (как бы ни парадоксально это звучало) о конституционности и неконституционности оспоренных положений. Установленный порядок правового регулирования отвечает конституционному требованию баланса, так как устанавливается ограничение в праве пребывания на территории России для болеющих общественно опасными заболеваниями иностранных граждан. Однако законодательные и подзаконные нормы нарушают принцип внутригруппового равенства и право на защиту иностранных граждан, проходивших реабилитацию за рубежом, но желающих вернуться в Россию. Такой вариант точечного балансирования, связанный с устранением правового пробела, отражает важность детального анализа дела, проведенного Конституционным Судом.

### 3.3. Делегированное балансирование

Этот подход к оценке значимости конституционных ценностей при их конфликте предполагает отказ Конституционного Суда Российской Федерации от указания на неконституционность законодательства как непосредственно не приводящего к нарушению конституционных прав. Вместо этого Суд дает гармонизирующее толкование, позволяющее в дальнейшем судам общей юрисдикции и иным правоприменителям самостоятельно учитывать обстоятельства в делах заявителей, тем самым происходит ситуационное балансирование. Такой подход вполне обоснован не только в силу презумпции конституционности законодательства, но и в силу субсидиарного характера конституционного правосудия. Благодаря конформному толкованию устанавливаются критерии последующего разрешения дел, и становится возможным делегированное или отсылочное балансирование.

Перекалывание права разрешать конфликт ценностей на суды общей юрисдикции и иных правоприменителей может иметь переменный успех, как показывает практика Конституционного Суда. Один из примеров — серия дел об оспаривании Федерального закона от 15.08.1996 № 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» и Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» в части запрета въезда и ограничения права на проживание в России для иностранных граждан с общественно опасными заболеваниями (ВИЧ, туберкулез и др.).

В самом первом решении 2006 г. (Определение от 12.05.2006 № 155-О) по жалобе гражданина Украины Х. Конституционный Суд мог бы отклонить жалобу по формальным основаниям (отсутствие применения закона в деле), но он представил анализ в части нарушения/не нарушения конституционных прав оспоренной нормой о запрете въезда для ВИЧ-инфицированных граждан. Судом отмечено, что законодатель действовал в рамках дискреции, установление ограничений для въезда иностранных граждан и пребывания на территории России исходит из конституционно значимой цели защиты права на здоровье ее граждан. Далее, опираясь на практику Европейского Суда по правам человека и положения Конвенции, а также рекомендации и декларации ООН, Суд, исходя из особого семейного положения заявителя (наличие жены и дочери — граждан России), сделал важный вывод: «При наличии коллизии между равно защищаемыми конституционно значимыми ценностями правоохранительные органы и суды при решении вопроса о временном проживании лица, имеющего заболевание, вызванное вирусом иммунодефицита человека, на территории Российской Федерации вправе учитывать фактические обстоятельства конкретного дела, исходя из гуманитарных соображений»<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс. Раздел «Судебная практика». 2018.

Позже в 2013 г. в Определении от 04.06.2013 № 902-О по жалобе гражданина Молдовы Х. Суд отметил уклонение правоприменительных органов от делегированного балансирования: «Суды общей юрисдикции при проверке решений уполномоченного органа исполнительной власти о нежелательности пребывания ВИЧ-инфицированного иностранного гражданина в Российской Федерации или об отказе такому лицу во въезде в Российскую Федерацию не вправе ограничиваться установлением только формальных оснований применения норм законодательства и должны исследовать и оценивать наличие реально существующих обстоятельств, служащих основанием признания таких решений необходимыми и соразмерными» (п. 3 Определения). Далее Суд включил даже небольшой совет-подсказку заявителю: о необходимости направления в правоприменительные органы заявлений детей и их родителей о желании воссоединения семьи<sup>20</sup>.

Однако и это Определение не получило должного применения в схожих делах, опять переключив балансирование не удалось. В 2015 г. принято Постановление Конституционного Суда от 12.03.2015 № 4-П<sup>21</sup> сразу по жалобам трех заявителей — граждан Украины и Молдовы, имеющих семьи в России. Теперь схожие с ранее выраженными в определениях 2006 и 2013 гг. правовые позиции были облачены в форму Постановления и прозвучали в резолютивной части решения при признании норм трех федеральных законов («О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию», «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации», «О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)») несоответствующими конституционным требованиям с формулировкой «в той мере». Логично задать вопрос — можно ли было обойтись без Постановления Конституционного Суда? Представляется, что да, если бы учет правовых позиций, выраженных в определениях Конституционного Суда, все же осуществлялся на практике. Изменились ли фактические социальные или экономические отношения для принятия Конституционным судом нового решения в форме постановления? Нет, как и ранее Конституционный Суд использовал аргументы о недопустимости дискриминации ВИЧ-инфицированных, конституционной важности семьи, особой значимости прав человека.

Из сказанного можно отметить, что делегированное балансирование имеет преимущества — возможность отказа от детального анализа фактов и формулирование только общего правила в форме правовой позиции. Это существенно расширяет возможности обычных судов в оценке обстоя-

<sup>20</sup> Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс. Раздел «Судебная практика». 2018.

<sup>21</sup> Российская газета. 2015. 30 марта.

тельств дела и принятии конституционно выверенного решения. Слабость делегирования оказывается в зависимости судов от текстуального толкования действующего законодательства и недостаточного понимания важности выводов Конституционного Суда, данных, как в формате определений, так и постановлений. В итоге Суд вынужден возвращаться к несовершенной (хотя и конституционной) правовой норме и вновь указывать правоприменителю на ошибки в толковании и применении законов.

## Выводы

Анализ практики Конституционного Суда России позволил сформулировать следующие выводы.

Во-первых, баланс конституционных ценностей как цель и принцип определяет содержание не только законотворческой деятельности, но и деятельность правоприменителей, органов местного самоуправления.

Во-вторых, отсылку в судебных решениях к ст. 2 Конституции России нельзя признать признаком использования балансирования конституционных ценностей. Скорее ее упоминание комплиментарно и направлено на напоминание гражданам, правоприменителю и законодателю о необходимости развития общественных и государственных институтов с учетом этой нормы-цели. Получается, что существуют *вертикальный* и *горизонтальный* эффекты баланса конституционных ценностей. Вертикальный выражается в балансе между ценностями, принадлежащими, с одной стороны, государству или обществу (большинству), а с другой — индивиду или социальной группе (например, отдельное меньшинство). Горизонтальный эффект выражается в воспитательной функции, диктует определенное отношение граждан друг к другу. В итоге поддержание баланса конституционных ценностей становится задачей каждого субъекта конституционного права, а установление и регулирование этого баланса относится к задачам законодателя и органов управления.

В-третьих, субъекты, имеющие право разрешения споров при нарушении баланса конституционных ценностей по причине изъятий в федеральном законодательстве — это Федеральное Собрание и Конституционный Суд России. Причем, несмотря на желание судей придать Суду лидирующую позицию, все же он играет субсидиарную роль. Если правовое регулирование напрямую не мешает сбалансировать конституционные ценности, то возможно использование Судом делегированного балансирования в пользу правоприменителя. В результате последний становится ответственным за контекстуальный баланс, нахождение которого должно оставаться в конституционных рамках. При анализе баланса конституционных ценностей выстраивается своеобразный аналитический круг: от норм Конституции к



федеральному, региональному и муниципальному нормативному блоку, затем к практике их реализации и в конце оценка возможности компромисса интересов, прав, целей и принципов с помощью правового (законодательного) регулирования.

В-четвертых, среди наиболее распространенных моделей конституционного балансирования в практике Конституционного Суда Российской Федерации встречаются: балансирование, основанное по принципу иерархического доминирования; балансирование, основанное на конституционно-правовых принципах; делегированное балансирование.

При оптимизации конституционных ценностей органы конституционной юстиции выступают своеобразными медиаторами, которые с помощью внятной и примиряющей аргументации, определяют точку равновесия конституционной системы. При применении аксиологического толкования важно правильно определить конкурирующие (конфликтующие) конституционные ценности и, самое главное — их значимость для разных субъектов права.

Укрепление балансирования при разрешении конституционных споров видится в усилении значения принципа состязательности. В этом направлении предлагаем следующее. Первое — обязательное опубликование процессуальных документов, предъявляемых сторонами конституционно-судебного процесса (жалобы, запроса, ответа на жалобу, заключений экспертов). Второе — в текстах решений было бы логично выделять разделы: «Позиция стороны, обратившейся в Суд», «Позиция органа власти, принявшего оспариваемый акт», с перечислением основных аргументов сторон. Следом за данным разделом может следовать дискуссия по каждому из представленных доводов (раздел «Позиция Суда»). Третье — так как выносимое судебное решение подлежит последующему исполнению (как правило, путем пересмотра ранее принятых судебных решений), считаем необходимым, чтобы в решениях Суда были указания на основные правовые нормы и конкретные принципы, которые суды должны использовать при пересмотре. В результате укрепится предсказуемость последующей реализации гармонизированных конституционных ценностей и будет развиваться диалог между органами конституционного правосудия, иными органами государственной власти и гражданским обществом.



## Библиография

Белов С.А. Стенограмма круглого стола «Прямое действие конституции: 20 лет российского опыта» // Правоведение. 2013. № 6. С. 108–199.

Белов С.А. Рациональность судебной балансировки конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность // Петербургский юрист. 2016. № 1. С. 63–75.

Бондарь Н.С. Аксиология судебного конституционализма: конституционные ценности в теории и практике конституционного правосудия. М.: Юрист, 2013. 174 с.

Бондарь Н.С. Конституционные ценности — категория действующего права (в контексте практики Конституционного Суда России) // Журнал конституционного правосудия. 2009. № 6. С. 1–11.

Гаджиев Г.А. Закон «О Конституционном Суде Российской Федерации»: новеллы конституционного судопроизводства 2010 г. // Журнал российского права. 2011. № 1. С. 17–26.

Гаджиев Г.А. Конституционно-правовое концептуальное пространство и его ценности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 2. С. 3–17.

Джагарян А.А., Джагарян Н.В. Апология ценностного подхода в конституционном праве и правосудии // Юридический мир. 2014. № 2. С. 27–34.

Михайлов С.В. Правовые ценности: теоретико-правовой аспект: автореф. дис. .... к.ю.н. Ростов-на-Дону, 2011. 27 с.

Нерсесянц В.С. Философия права. М.: Норма-Инфра-М, 1998. 652 с.

Нудненко Л.А. Конституционные ценности: содержание и проблемы реализации // Государство и право. 2009. № 10. С. 101–110.

Петров А.А. Конституция России: взгляд с позиции теории иерархических многоуровневых систем // Lex Russica. 2014. № 2. С. 153–159.

Bomhoff J. Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse. Cambridge, 2013, 290 p.

Fischer-Lescano A. Kritik Der Praktischen Konkordanz. Kritische Justiz, 2008, no 2, pp. 166–177.

Petersen N. Balancing and judicial self-empowerment: A case study on the rise of balancing in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court. Global Constitutionalism, 2015, vol. 4, pp. 49–80.

Petersen N. How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law. German Law Journal, 2013, no 14, pp. 1387–1408.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 5

### Constitutional Balancing in Russia: Practice and Perspectives



**Yegeniy Anichkin**

Associate Professor, Department of Labor, Environmental Law and Civil Process, Faculty of Law, Altay State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 68 Sotsialisticheskii Prospekt, Barnaul 656049, Russian Federation. E-mail: rrd231@rambler.ru.



**Julia Rudt**

Senior Lecturer, Department of constitutional and municipal Law, RANEPА Siberian Institute of Management. Address: 6 Nizhegorodskaya Str., Novosibirsk 630102, Russian Federation. E-mail: arudt@mail.ru.

## Abstract

The article is devoted to the study of the value approach to the analysis of constitutional disputes in the practice of the Constitutional Court of Russia. The research objective is to identify the features of the balancing constitutional values in constitutional judicial practice and to systematize the most frequently encountered options for balancing. For analysis system-structural, formal legal, comparative legal methods, methods of interpretation of law and forecasting were used. The study revealed the idea of a balance of constitutional values as a principle of constitutional interpretation. It is indicated that the Constitutional Court of Russia plays a subsidiary role in relation to the legislator in the search and establishment of a balance of constitutional values. Balancing is one of the methods of constitutional interpretation. Russian and foreign doctrines converge in the idea of balancing as an element, method of a rational decision-making in the constitutional legal dispute. Another similar element is the propensity for theoretical recognition of equal importance, the absence of a linear hierarchy of values. As the empirical base of the study, the final decisions of the Constitutional Court of Russia in the period of 2011 to 2017 were used. It has been found that the judgments of the Court most often refer to the value of the rights and freedoms of man and citizen (Article 2 of Russian Constitution). Since these references do not always have a significant value for argumentation, their template nature is indicated. Practice allows arguing that constitutional values, as enshrined in the Constitution, should be protected and balanced not only by the efforts of the constitutional interpretation, but by the efforts of all branches of law. Maintaining a balance of constitutional values becomes the task of all law enforcement entities and citizens. There are three frequently found balancing models in the Constitutional Court's judicial practice: based on hierarchical dominance; based on constitutional principles; delegated balancing. The main perspective of the development of balancing in judicial practice is associated with the improvement of the principle of competitiveness in the constitutional process. To do this, it is proposed to publish materials of constitutional cases and to add sections in the structure of judgments.

## Keywords

constitution, constitutional justice, legal interpretation, values, axiology, human rights.

**For citation:** Anichkin E.S., Rydt Yu. A. (2019) Constitutional Balancing in Russia: Practice and Perspectives. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 5, pp. 80–100 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.80.100

## References

- Belov S.A. (2013) Transcript of the Round Table «Direct Action of the Constitution: 20 Years of Russian Experience». *Pravovedenie*, no 6, pp. 108–199 (in Russian)
- Belov S.A. (2016) Rationality of Judicial Balancing of Constitutional Values with the Help of the Proportionality Test. *Peterburgskiy Jurist*, no 1, pp. 63–75 (in Russian)
- Bomhoff J. (2013) *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*. Cambridge: Cambridge University Press, 290 p.
- Bondar N.S. (2009) Constitutional Values — the Category of the Law in Force (in Context of Practice of the Constitutional Court of Russia). *Journal konstitucionnogo pravosudia*, no 6, pp. 1–11 (in Russian)

- Bondar N.S. (2013) Axiology of judicial constitutionalism: constitutional values in the theory and practice of constitutional justice. Moscow: Jurist, 174 p. (in Russian)
- Dzhagaryan A.A., Dzhagaryan N.V. (2014) Apology of the Value Approach in Constitutional Law and Justice. *Yuridicheskii mir*, no 2 pp. 27–34 (in Russian)
- Fischer-Lescano A. (2008) Kritik Der Praktischen Konkordanz. *Kritische Justiz*. 2008, no 2, pp. 166–177.
- Gadzhiev G.A. (2011) The Law “On the Constitutional Court of the Russian Federation”: the Short Stories of the Constitutional Legal Proceedings of 2010. *Zhurnal rossyiskogo prava*, no 1, pp. 17–26 (in Russian)
- Gadzhiev G.A. (2012) Constitutional Legal Conceptual Space and its Values. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 3–17 (in Russian)
- Mikhailov S.V. (2011) *Legal Values: Theoretical and Legal Aspect*. Candidate of Juridical Sciences Summary. Rostov-on-Don, 27 p. (in Russian)
- Nersesyants V.S. (1998) *Philosophy of Law*. Moscow: Norma, 652 p. (in Russian)
- Nudnenko L.A. (2009) Constitutional Values: Content and Implementation Problems. *Gosudarstvo i pravo*, no 10, pp. 101–110 (in Russian)
- Petersen N. (2013) How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law. *German Law Journal*, no 14, pp. 1387–1408.
- Petersen N. (2015) Balancing and judicial self-empowerment: A case study on the rise of balancing in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court. *Global Constitutionalism*, no 4, pp. 49–80.
- Petrov A.A. (2014) The Constitution of Russia: a View from the Position of the Theory of Hierarchical Multilevel Systems. *Lex Russica*, no 2, pp. 153–159 (in Russian)

# Допустимые ограничения исключительных прав на объекты авторского права в континентальной и англо-американской правовых традициях

---

---



**Е.В. Балабанова**

Преподаватель, кафедра конституционного и административного права факультета права, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург). Адрес: 190008, Российская Федерация, Санкт-Петербург, ул. Союза Печатников, 16. E-mail: evb@spbustavsud.ru

---



## **Аннотация**

Статья посвящена наиболее актуальным проблемам функционирования системы допустимых ограничений авторских прав в различных правовых системах. На основе дифференцированного анализа двух правовых традиций в контексте общих тенденций совершенствования правового регулирования могут быть сформулированы следующие выводы: в странах континентального права формирование ограничительного механизма зависит от таких факторов, как характер действия трехступенчатого теста (прямое или опосредованное), порядок применения трехступенчатого теста (кумулятивное или некумулятивное), сочетание основных оценочных критериев (субъектный состав, соответствие определенной цели, доступность произведения, добросовестность использования), наличие альтернативных инструментов. В странах «общего права» формирование ограничительного механизма зависит от наличия общего правила оценки (в рамках доктрины добросовестного использования общее правило заменяют четыре фактора оценки, в рамках доктрины добросовестного использования общее правило оценки допустимости ограничений заменяет критерий добросовестности), дополнительных статутных и нестатутных оценочных критериев (защита публичного интереса, объем и характер использования, обстоятельства и цель использования, возможность достижения цели иным образом и др.). Автор приходит к выводу, что к обстоятельствам, негативно влияющим на эффективность и адаптивность ограничительного механизма, могут быть отнесены такие факторы, как: отсутствие общего правила или возможности его прямого применения; обязательность кумулятивного применения оценочных критериев; отсутствие дополнительных критериев оценки; наличие закрытого перечня ограничений и чрезмерная конкретизация ограничений; ограничение числа целей использования и объектов авторских прав, подлежащих использованию. В статье также доказывается, что проблема чрезмерно жесткой оценки допустимости ограничений может быть решена путем толкования существующих в национальном законодательстве ограничений, а также использования дополнительных квалифицирующих критериев. Формирование гибкого ограничительного механизма упрощает процесс балансировки частных и публичных интересов и актуализации системы огра-

нений авторских прав. Особое внимание уделяется исследованию перспектив корректировки правового регулирования, а также проблеме ограничения авторских прав в цифровой среде.

---



### Ключевые слова

авторское право; ограничения исключительных авторских прав; защита исключительных прав; ограничительный механизм; трехступенчатый тест; доктрина добросовестного использования; доктрина добросовестного поведения

---

---

**Для цитирования:** Балабанова Е.В. Допустимые ограничения исключительных прав на объекты авторского права в континентальной и англо-американской правовых традициях // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 101–120.

УДК: 347.78

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.101.120

## Введение

В контексте исследования факторов формирования и адаптивных возможностей механизма ограничений исключительных прав на произведения науки, литературы и искусства в рамках континентальной и англо-американской правовых традиций особенный интерес имеет системный анализ инфраструктурных моделей, позволяющих решить проблему отбора критериев, необходимых для оценки допустимости ограничительного воздействия, а также последующая разработка рекомендаций по регулированию уровня гибкости ограничительного механизма с учетом практики изменения его конфигурации. Различие подходов к квалификации ограничений оказывает существенное влияние на вариативность сочетания элементов, составляющих инструментарий, применяемый в процессе оценки нормы на соответствие статусу допустимой. Поэтому принципиальное значение для оценки перспектив балансировки интересов участников складывающихся в рассматриваемой области правоотношений играет возможность актуализации ограничительного механизма с учётом обстоятельств, послуживших причиной его корректировки.

### **1. Механизм ограничения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности в рамках континентальной правовой традиции**

Для континентальной правовой традиции характерен ярко выраженный автороцентризм, о чем, в частности, свидетельствует и терминология, используемая для обозначения института авторского права (например, «droit

d'auteur» или «Urheberrecht»). Такой субъект-ориентированный подход сложился под влиянием идеалистических понятий о фигуре автора, сформировавшихся в эпоху Просвещения и получивших развитие в эпоху романтизма. Очевидно, данное обстоятельство послужило одной из ключевых причин восприятия произведения в качестве продолжения личности автора, свидетельства уникальности человеческого гения. В связи с этим ограничения исключительных прав авторов, первоначально облекавшиеся в форму правил, утверждавших приоритет публичного интереса над частным, вскоре утратили преимущественное значение и приобрели статус некоторой совокупности элементов ограничительного механизма. Это неизбежно привело к пониманию необходимости установления критериев, позволяющих осуществить оценку таких ограничений. Подобные критерии формировались в рамках модели закрытого перечня строго определенных ограничений [Senfleben M., 2013: 1, 2], что во многом способствовало повышению предсказуемости применения ограничительных правил, но не всегда было способно обеспечить возможность широкого доступа к результатам интеллектуальной деятельности.

Анализируя особенности механизма ограничений исключительных авторских прав в континентальных правовых системах, нельзя не учитывать, что принципиальную роль в формировании рассматриваемого механизма сыграл так называемый *трехступенчатый тест*, имеющий значение некоторого международного стандарта оценки допустимости ограничений.

Правило-прототип, впервые появившееся в Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений<sup>1</sup> (ст. 9) применительно к ограничению права на воспроизведение, имеет стандартную трехзвенную структуру, включающую условие о допустимости возможного исключения из общего правила при воспроизведении произведений в определенных особых случаях (первый элемент), а также с учетом того, что подобное воспроизведение не наносит ущерба нормальному использованию произведения (второй элемент) и не ущемляет необоснованным образом законные интересы автора (третий элемент).

Та же модель с некоторыми изменениями впоследствии была воспроизведена в Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС)<sup>2</sup>, в ст. 13 которого для обозначения ограничений используется связка «ограничения и изъятия» (указанные ограничения и изъятия сводятся к некоторым особым случаям, не вступающим в противоречие с обычным использованием произведения и не ущемляющим необоснованно законных интересов правообладателя). Затем указанный инстру-

<sup>1</sup> Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886 // Бюллетень международных договоров. № 9. 2003.

<sup>2</sup> Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности от 15.04.1994 // СЗ РФ. 2012. № 37. С. 2818–2849.

мент переключался в общеевропейское (наднациональное) законодательство, получив развитие в ряде директив ЕС [Lee N., Westkamp G., Kur A., Ohly A., 2014: 302], включая Директиву о гармонизации определенных аспектов действия авторского права и смежных прав в информационном обществе<sup>3</sup> (ст. 5). Примечательно, что в некоторых директивах<sup>4</sup> были воспроизведены исключительно второй и третий элементы теста (предполагалось, вероятно, что первый элемент закрепляется на национальном уровне). При этом не исключена возможность оценки допустимости конкретного ограничения как законодательной, так и судебной властью (соответствующая позиция сформулирована Судом Евросоюза в 2009 г.<sup>5</sup>).

Исследование трансформационных процессов, протекавших в различных европейских странах, свидетельствует о сильном влиянии имплементационных стратегий на итоговый результат применения правила-прототипа. Указанное обстоятельство обуславливается возможностями свободного формирования пула ограничений из установленного на наднациональном уровне перечня, а также адаптации таких ограничений к традициям соответствующих государств. Например, в Греции, Дании, Италии, Франции и ряде других стран общее ограничительное правило имплементировано в национальные законы. С другой стороны, в Австрии, Бельгии, Финляндии и некоторых других странах оно имеет прямое действие и может быть применено судами даже при отсутствии прямых ссылок на него в национальных законах [Westkamp G., 2014: 92–93].

Различается и степень гибкости подходов к оценке допустимости ограничений. Так, в частности, при оценке правила цитирования во Франции применяется строгий подход, допускающий цитирование произведений лишь в случае указания имени автора и источника заимствования при условии, что подобное использование оправдано характером работы (научным, образовательным, информационным и пр.), в которую он включен<sup>6</sup>. В Швейцарии распространён гибкий подход, предполагающий максимально абстрактную формулировку правила цитирования, допускающую возможность трансформации

---

<sup>3</sup> Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. OJ L 167, 22.6.2001, pp. 10–19.

<sup>4</sup> Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs. OJ L 111, 5.5.2009, p. 16–22; Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property. OJ L 346, 27.11.1992, p. 61–66; Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (codified version). OJ L 376, 27.12.2006, pp. 28–35.

<sup>5</sup> Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08) ECDR 16, 2009. para 56–57.

<sup>6</sup> Intellectual Property Code (1992). Article L122-5(3). Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/content/location/1742> (дата обращения: 14-12-2018)



исходных текстовых фрагментов без соблюдения требований к указанию имени автора, но при условии добросовестного использования произведения в соответствии с поставленной целью<sup>7</sup>. В Нидерландах применяется смешанный подход, в силу которого цитирование произведений в определенных целях (например, в целях анонсирования и критики) является допустимым при условии публикации произведения с указанием имени автора и источника заимствования, а также соответствия такого использования принятым в обществе обычаям<sup>8</sup>. Иными словами, условия изменения объема отдельных ограничений во многом определяется выбранным законодателем приоритетом в вопросе использования одного из перечисленных способов регулирования.

По уровню гибкости правил оценки определенные различия наблюдаются и в подходах к толкованию трехступенчатого теста. В частности, строгий подход, исключающий расширительное толкование данного инструмента и устанавливающий жесткую привязку существующих в национальном законодательстве ограничений к его содержанию, получил распространение в практике судов Бельгии и Нидерландов, применявших элементы теста на кумулятивной основе. Это зачастую воспринималось как одно из серьезных препятствий на пути выработки гибкой системы ограничений, не ставящей под угрозу свободное использование произведений [Senftleben M., 2004: 181]. Теоретически подобный подход вовсе не исключает возможности изъятия из числа допустимых ограничений традиционных для национальных правовых порядков видов использования произведений. Гибкий подход, в противоположность строгому предусматривающий более свободные условия оценки допустимости ограничений, получил широкое распространение в Германии, Швейцарии, Франции и некоторых других европейских странах [Dreier T., 2007: 232]; [Ricketson S., Ginsburg J., 2006: 102].

Таким образом, специфика функционирования механизма ограничений исключительных прав на произведения литературы, науки и искусства во многом предопределяется принятым подходом к оценке допустимости ограничений. При этом очевидно, что фактические границы применения ограничений вполне могут лежать за пределами установленного числа случаев свободного использования результатов интеллектуальной деятельности. В связи с этим на сегодняшний день существуют различные способы, позволяющие решить проблему отсутствия соответствующих ограничений на национальном уровне. В частности, для решения подобной проблемы применяется *доктрина предполагаемого согласия*, закрепляющая статус допу-

<sup>7</sup> Закон Швейцарии об авторском праве и смежных правах (1992), ст. 22. Available at: <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/648> (дата обращения: 15-12-2018)

<sup>8</sup> Copyright Act (1912). Article 15a. Available at: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12810> (дата обращения: 15-12-2018)

стимого за ограничением, позволяющим использовать доступное широкой публике произведение в силу предположения о наличии заранее выраженного согласия правообладателя на совершение соответствующих действий<sup>9</sup>. В качестве возможной альтернативы этой доктрине выступает использование трехступенчатого теста при оценке допустимости не только ограничений, но и проверяемых на соответствие таким ограничениям действий пользователей [Kir A., 2008: 33]. К числу иных возможных способов также может быть отнесена *доктрина превышения права*, признающая недопустимым отклонение от первоначальной цели реализации права [Geiger C., 2013: 171].

Оценивая перспективы применения перечисленных стратегий в контексте корректировки гибкости ограничительного механизма, отметим, что одной из наиболее эффективных с точки зрения адаптивности к требованиям цифровой эпохи может оказаться доктрина предполагаемого согласия, применение которой может быть в значительной степени упрощено в случае законодательного закрепления соответствующей презумпции. Немаловажное значение будет иметь и законодательная универсализация трехступенчатого теста применительно к оценке допустимости конкретных действий пользователей в совокупности с использованием дополнительных оценочных критериев. При этом формализация доктрины превышения права может быть осуществлена путем введения опционального критерия соответствия первоначальной цели использования произведения.

С учетом изложенного представляется, что особенное влияние на формирование механизма допустимых ограничений исключительных прав на произведения могут оказывать следующие факторы: 1) характер действия трехступенчатого теста (прямое действие или включение в ткань национального законодательства); 2) характер его применения (кумулятивное или некумулятивное применение); 3) сочетание ключевых (основных) критериев регулирования уровня его гибкости (субъектный состав, целевое соответствие, доступность широкому кругу лиц и др.), а также возможность применения альтернативных оценочных инструментов.

## **2. Механизм ограничения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности в англо-американской правовой традиции**

Англо-американская правовая традиция значительно отличается от континентальной. Здесь авторское право воспринимается как «право на копию»

---

<sup>9</sup> Данная доктрина была применена Верховным Судом ФРГ в одном из дел, связанных с использованием изображений, размещенных в свободном доступе в Интернете, в процессе работы со специальным поисковым сервисом Google. См.: Bundesgerichtshof. I ZR 69/08. 2010.

или «право на воспроизведение» и носит ярко выраженную ориентацию на коммерциализацию произведений. В странах «общего права» преобладает объект-ориентированный подход, центральное место в котором занимает не автор, а его произведение, что неминуемо накладывает определенный отпечаток на всю систему ограничений исключительных авторских прав. В основе подобного подхода лежит *проприетарная концепция* Дж. Локка [Lock J., 2013: 19], предполагающая восприятие произведения как результата трудовой деятельности автора. В данных странах исключительные права авторов воспринимаются преимущественно в позитивистском ключе; в отношении таких прав распространяется режим срочной монополии, вытекающей из закона. Срочный характер монополии основывается на представлениях о несоответствии вечной монополии правообладателя общесоциальным интересам [Klein B., Moss G., Edwards L., 2015: 12]; [Patterson L., 1968: 202–212].

Рассматриваемая модель формирования ограничительного механизма традиционно основывается на принципе построения системы ограничений открытого типа, в силу которой суды не только оценивают допустимость действий пользователей, но и получают возможность определять границы такой допустимости. В рамках обозначенной модели особое распространение получили две доктрины: *доктрина добросовестного использования* (американская разновидность) [Senfleben M., 2013: 1, 2] и *доктрина добросовестного поведения* (британская разновидность) [Bainbridge D., 2009: 5]. Указанные инструменты ориентированы на сохранение таких видов свободного использования, которые являются наиболее значимыми с точки зрения интересов социума [Hua J., 2014: 145, 146]. Как будет показано далее, вторая из перечисленных доктрин, в отличие от первой, практически не подразумевает сохранения возможности отнесения формируемой на ее основе системы ограничений к числу систем открытого типа.

Доктрина добросовестного использования была сформулирована американскими судами в середине XIX века и вскоре обрела популярность, став одним из основных инструментов ограничения исключительных прав [Samuelson P., 2017: 14]. Данная доктрина основывается на критерии разумности использования охраняемых авторским правом результатов интеллектуальной деятельности и предполагает оценку соответствия такого использования факторам допустимости [Patterson L., 1991: 59]. Определение термина, используемого для обозначения доктрины добросовестного использования («fair use») отсутствует в силу вариативности характера и обстоятельств его применения. Это обстоятельство, несомненно, может создавать определенные препятствия для последующего доктринального дискурса с точки зрения разработки некоторого универсального понятия. Вместе с тем сущность доктрины вполне может быть определена при помощи раскрытия содержания

добросовестного использования через характеристику допустимых (разрешенных) случаев (пределов) свободного (правомерного) использования.

Концептуальные основы данной доктрины были заложены в деле *Folsom v. Marsh*<sup>10</sup>, в котором Верховный суд США сформулировал вывод о том, что для признания использования допустимым необходимо произвести проверку такого использования на соответствие следующим параметрам: природе (характеру) и цели использования, количеству и объему используемого материала, наличию препятствий для коммерциализации результата интеллектуальной деятельности, степени сокращения прибыли.

Законодательное закрепление рассматриваемая доктрина получила в ст. 107 Закона об авторском праве (1976)<sup>11</sup> в виде правила о допустимости свободного использования объектов авторского права при его добросовестном осуществлении. Затем в Законе об авторском праве в цифровую эпоху (1998)<sup>12</sup> была закреплена четырехзвенная структура оценки, состоящая из следующих факторов: 1) цель и характер использования, 2) характер произведения, 3) количественные и содержательные параметры, 4) уровень потенциального влияния на рынок в контексте дохода от использования произведения. Первый фактор предполагает целевую составляющую, выражающуюся в стимулировании творческой активности, а также общую характеристику использования как коммерческого, так и некоммерческого. Особое внимание при проверке соответствия данному фактору следует уделять не только обоснованию допустимости, но и степени убедительности такого обоснования. Второй фактор демонстрирует зависимость усложнения доказывания добросовестного использования от степени творческого вклада автора в произведение-прототип. Третий фактор связан с исследованием объема и значимости использованного фрагмента произведения с точки зрения совокупного эффекта, производимого на использование произведения-прототипа. Четвертый фактор основывается на оценке дохода, получаемого правообладателем в результате использования произведения.

Помимо перечисленных факторов нельзя не принимать во внимание и факт существования некоторой совокупности нестатутных факторов, сформировавшихся в русле судебной практики. В качестве таких дополнительных оценочных инструментов могут быть указаны, например, добрая совесть или факт неопубликованности произведения, а также фактор защиты общественного интереса [Heins M., Beckles T., 2005: 2].

---

<sup>10</sup> *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

<sup>11</sup> United States Copyright Act (1976). Available at: <https://www.copyright.gov/title17/> (дата обращения: 12-12-2018)

<sup>12</sup> Digital Millennium Copyright Act (1998). Available at: <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> (дата обращения: 15-12-2018)

В дополнение к статутным и нестатутным критериям для оценки допустимости ограничения исключительных прав могут использоваться и самостоятельные доктрины, в частности, *доктрина «грязных рук»* (построенная на запрете применения ответных мер вне зависимости от их законности до установления факта нарушения<sup>13</sup>), а также *доктрина злоупотребления*, как видоизмененная разновидность предыдущей доктрины, именуемая иногда *доктриной «чистых рук»* (построенная на требовании выстраивания линии защиты исключительно в соответствии с принципом справедливости<sup>14</sup>).

Оценивая перспективы гибкого моделирования механизма ограничений авторских прав в контексте доктрины добросовестного использования, особое внимание следует уделить фактору расширения правовых возможностей по корректировке адаптивности ограничительного инструментария с учетом таких обстоятельств, как активное развитие цифровой среды и стремительный технологический прогресс. В рассматриваемом контексте позитивное влияние доктрины может быть обусловлено преимуществами высокой адаптивности и широкого судебного усмотрения в вопросе толкования ее содержания, а негативное — недостатками размытости формируемого в рамках доктрины правового регулирования и сложности применения составляющих ее основу критериев и факторов. Между тем именно отсутствие некоторой предсказуемости оценки свойства допустимости может служить основанием для более тонкой балансировки интересов участников правоотношений, возникающих в рассматриваемой области.

Доктрина добросовестного поведения (британский вариант) имеет некоторое внешнее сходство с доктриной добросовестного использования — в части допустимости использования результатов интеллектуальной деятельности в разумных целях без согласия правообладателя и выплаты вознаграждения). Она основывается на оценке действий пользователей с точки зрения представлений о том, как поступил бы справедливый и честный человек для достижения соответствующей цели [Colston C., Middleton K., 2005: 312]. Формируемый в русле данной доктрины механизм ограничений исключительных прав на объекты авторского права является более жестким, нежели вариант концепции, существующий в американском праве. Конструкция рассматриваемого механизма демонстрирует отход от традиции использования общих критериев допустимости к применению законодательно закрепленного закрытого перечня ограничительных правил в связке с абстрактным критери-

<sup>13</sup> Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co. (243 U.S. 502), 1917; B. Braun Med., Inc. v. Abbott Labs. (124 F.3d 1419, 1426), 1997.

<sup>14</sup> Practice Mgmt. Info. Corp. v. Am. Med. Ass'n (121 F.3d 516, 9th Cir.). 1997; Atari Games Corp. v. Nintendo of Am. Inc. (975 F.2d 832, 846, Fed. Cir.), 1992; Lasercomb Am., Inc. v. Reynolds (911 F.2d 970, 979, 4th Cir.), 1990.

ем добросовестности, раскрываемым в позициях, формулируемых судебной практикой. Подобное построение структуры используемого для оценки допустимости инструментария, очевидно, обуславливается тем значением, которое имеет в странах общего права проприетарная концепция. В контексте рассматриваемого подхода на смену критериям справедливости и разумности приходит оценка добросовестности. Подобная оценка осуществляется в рамках соответствия конкретного вида использования статутным и нестатутным фактором. К числу последних (нестатутных) могут быть отнесены многочисленные дополнительные критерии (объем, количество цитируемого фрагмента произведения-прототипа, обстоятельства получения и использования произведения, возможность достижения поставленной цели иным образом<sup>15</sup>).

Первоначальное законодательное закрепление рассматриваемой доктрины в Законе об авторском праве (1911)<sup>16</sup> было ознаменовано простой формулой о допустимости любых форм добросовестного использования любых произведений в определенных целях (частное обучение, исследование, критика, обзор, создание новостных заметок). Впоследствии ограничительный инструментарий корректировался путем вариативного сочетания категорий и условий их применения, а также определенных конкретизирующих критериев, нашедших свое отражение в Законе об авторском праве (1956) и в Законе об авторском праве, промышленных образцах и патентах (1988)<sup>17</sup>. Различные аспекты применения данной доктрины в цифровой среде воплощены в серии сценариев оценки добросовестности использования, заложенной в Руководящих положениях добросовестного поведения в цифровой среде<sup>18</sup>. В условиях постепенной конкретизации ограничительных правил определенное усложнение оценочных конструкций вполне способно оказывать весьма негативное влияние на сохранение необходимого и достаточного уровня гибкости системы оценки допустимости. В связи с этим, видимо, в последнее время наблюдаются попытки распространения характеристик оценочного механизма доктрины добросовестного использования на почву британского варианта концепции [Owen L., 2015: 231]. Между тем, учитывая

---

<sup>15</sup> Hubbard v. Vosper (1972) 1 All ER 1023, Beloff v. Pressdram (1973) 1 All ER 241, Associated Newspapers Group plc. v. News Group Newspapers Ltd. (1986) RPC 515.

<sup>16</sup> Copyright Act (1911). Available at: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1911/46/pdfs/ukpga\\_19110046\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1911/46/pdfs/ukpga_19110046_en.pdf) (дата обращения: 14-12-2018)

<sup>17</sup> Copyright Act (1956). Available at: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1956/74/pdfs/ukpga\\_19560074\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1956/74/pdfs/ukpga_19560074_en.pdf); Copyright Designs and Patents Act (1988). Available at: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/pdfs/ukpga\\_19880048\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/pdfs/ukpga_19880048_en.pdf) (дата обращения: 14-12-2018)

<sup>18</sup> *Guidelines on Fair Dealing in the Electronic Environment*. Joint Information Systems Committee and Publishers Association (1998). Available at: <https://www.ukoln.ac.uk/services/elib/papers/pa/fair/> (дата обращения: 16-12-2018)

глобализацию процессов использования результатов творческой деятельности и движения информации, значительным препятствием на пути корректировки системы ограничений может послужить не только отсутствие определенности в понимании и установлении пределов допустимости ограничительного воздействия, но и практическая невозможность конструирования некоторого общего (универсального) механизма оценки свойства допустимости.

Исследование динамических аспектов моделирования ограничительно-го механизма позволяет прийти к выводу, что постепенное усложнение его структуры вполне способно привести к усилению ограничительного эффекта (за счет конкретизации случаев свободного использования и включения дополнительных условий оценки правомерности действий пользователей).

Сопоставляя обстоятельства возникновения и применения приведенных выше доктрин, можно сформулировать ряд выводов, имеющих значение для определения факторов, влияющих на формирование механизма допустимых ограничений авторских прав в рамках англо-американской правовой традиции. Во-первых, область применения доктрины добросовестного использования несколько шире области применения доктрины добросовестного поведения, поскольку последняя включает в предмет оценки лишь ограниченное число целей и критериев оценки соответствия целям. Во-вторых, доктрина добросовестного использования распространяется на большее число объектов, тогда как доктрина добросовестного поведения применяется в отношении существенно ограниченного формально конкретизированного перечня.

В связи с этим формируемые в результате применения подобных доктрин механизмы ограничений предполагают принципиально различные варианты регулирования (например, для первой из перечисленных доктрин стержневую функцию выполняет общее правило оценки допустимости случаев свободного использования, а для второй — узко сформулированный перечень частных ограничительных правил). Кроме того, отличаются и адаптивные возможности данных доктрин в условиях цифровой среды (при этом, впрочем, не исключена возможность корректировки британского варианта концепции путем законодательного закрепления общего правила оценки добросовестности использования). Таким образом, предполагая, какие обстоятельства могут служить факторами, непосредственно влияющими на формирование ограничительного механизма, особое внимание следует уделить следующим: наличию общего оценочного правила и применимости дополнительных оценочных критериев, включающих статутные и нестатутные факторы.

Вместе с тем нельзя не принимать во внимание и роль, которую играет в процессе балансировки частных и публичных интересов трехступенчатый

тест [Geiger Ch., Gervais D.J., Senftleen M., 2015: 186, 187]. Очевидно, что его влияние в англо-американском праве с учетом социокультурного контекста и правовых традиций последнего сохраняет слабые позиции. Впрочем, в перспективе это не исключает возможности корректировки системы ограничений. Подобная корректировка может быть произведена при помощи использования трехступенчатого теста в качестве общего оценочного инструмента. Первый, как было показано выше, является субъектоориентированным, подразумевает применение строгого подхода к оценке свойства допустимости ограничений и предполагает использование закрытого перечня ограничений, а второй является объектоориентированным, связан преимущественно с гибким подходом (за исключением британского варианта) и предполагает использование системы ограничений открытого типа и оценку добросовестности действий пользователей.

Отметим, что в последние десятилетия в качестве магистральной тенденции, формирующейся в области оптимизации ограничительного механизма, выступает идея модернизации правового регулирования в направлении повышения адаптивных свойств такого механизма. В связи с этим в науке сформировались устойчивые представления о необходимости следовать идее формирования гибкого ограничительного инструментария с учетом возможных направлений корректировки трехступенчатого теста [Sun H., 2007: 265]. В частности, корректировка теста может быть произведена одним из следующих способов: 1) введением дополнительного критерия балансировки частных и публичных интересов [Suthersanen U., 2005: 121], 2) изменением порядка применения теста (оценка его элементов в качестве дополнительных оценочных факторов) [Geiger Ch., 2006: 697, 698] или 3) созданием расширенного универсализированного международного стандарта оценки (комбинированной структуры, включающей помимо элементов трехступенчатого теста также набор критериев, формируемых в духе доктрины добросовестного использования) [Gervais D., 2005: 1, 29].

Последнее, однако, не исключает необходимости корректировать правовое регулирование, осуществляемое на наднациональном и национальном уровнях. В связи с этим, весьма интересна концепция сбалансированной интерпретации трехступенчатого теста [Geiger C., Hilty R., Griffiths J., Suthersanen U., 2010: 1-7], основанная на понимании теста в качестве инструмента, способного с максимальной степенью гибкости производить оценку свойства допустимости в контексте целей и задач введения системы ограничений, а также перспектив ее корректировки.

В подобных обстоятельствах более чем естественным является предположение, что использование закрытого перечня ограничений не всегда способно обеспечить стабильность функционирования ограничительного механизма с точки зрения соблюдения баланса частных и публичных инте-



ресов. Вероятно, в связи с этим уже в начале XXI века в континентальном правовом пространстве зарождаются конструкции, способные расширить традиционные для соответствующей правовой семьи понятия об оценке свойства допустимости. Так, например, в наднациональном европейском законодательстве появляется серия директив<sup>19</sup>, вводящих адаптированные к современному технологическому контексту виды ограничений и исключений, включающие в том числе указания на дополнительные внешние критерии добросовестности, обоснованности и недискриминационности, а также учитывающие важность свободного и широкого доступа к информации.

Немаловажную роль в процессе создания единого подхода к установлению пределов ограничительного воздействия в условиях формирования трансграничной цифровой среды, подразумевающей нивелирование нормативных барьеров в целях перехода к единому правовому инструментарию, с учетом необходимости решения проблем, возникающих ввиду явной эклектичности правового регулирования, занимает поиск адекватных конструктивных моделей оценки допустимости. Ярким примером подобного подхода в континентальном праве выступает так называемая полуоткрытая структура, сформированная на основе ключевых характеристик открытой и закрытой систем ограничений. Подобная конструктивная модель вполне заслуженно оценивается как одна из наиболее перспективных и эффективных с точки зрения ее применимости в континентальных правовых порядках [Hugenholtz B., Senftleben M., 2012: 9]. На практике она может быть выражена в виде комбинации общих норм и открытых оценочных критериев (создание в рамках единого стандарта допустимости возможностей для широкого усмотрения суда или же установление приоритета использования достаточного (но не минимального) пула ограничительных правил).

В качестве разновидности подобной структуры может быть рассмотрена модель, предложенная в рамках проекта Европейского кодекса авторского права<sup>20</sup>, соединившего в себе открытость системы ограничений общего права с характерным для континентальной правовой традиции закрытым перечнем ограничений (один из примеров подобного соединения — фиксация правила о применении ограничений по аналогии при соблюдении ряда ус-

<sup>19</sup> Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities. OJ L 332, 18.12.2007, P. 27–45; Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services. OJ L 95, 15.4.2010, P. 1–24.

<sup>20</sup> European Copyright Code (текст проекта с разъяснениями). 2010. Available at: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2622/wittem-group-european-copyright-code.pdf> (дата обращения: 10-12-2018)

ловий, включая соответствие трехступенчатому тесту). Оценка перспектив применения подобных конструкций со временем приобретает все большее значение ввиду масштабной реформы европейского законодательства, предполагающей реализацию стратегии единого цифрового рынка<sup>21</sup> и направленной в том числе на корректировку условий свободного использования произведений в связи с активным развитием цифровой среды. В последние годы появилась серия правовых актов<sup>22</sup>, прямо или косвенно затрагивающих вопрос расширения сферы свободного использования, а также демонстрирующих принципиально новый подход к конструированию системы ограничений. Такой подход предусматривает введение определенного набора обязательных ограничений, а также его последовательное расширение (например, вывод из числа нарушений действий, связанных с интеллектуальным анализом данных в процессе функционирования поисковых сервисов).

Исследование материалов оценки регулирующего воздействия, сопровождающие проекты ряда директив<sup>23</sup> показывает, что идея формирования унифицированного подхода на уровне наднационального законодательства призвана выполнять превентивную функцию в отношении процессов фрагментации национального законодательства. В связи с этим не исключена вероятность того, что кумулятивный эффект реформы в долгосрочной перспективе получит выражение в виде концентрированной совокупности пра-

---

<sup>21</sup> A Digital Single Market Strategy for Europe. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Brussels, 06.05.2015. COM (2015) 192 final.

<sup>22</sup> 1) Regulation (EU) 2017/1563 of the European Parliament and of the Council of 13 September 2017 on the cross-border exchange between the Union and third countries of accessible format copies of certain works and other subject matter protected by copyright and related rights for the benefit of persons who are blind, visually impaired or otherwise print-disabled. OJ L 242, 20.9.2017, P. 1–5; 2) Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organisations and retransmissions of television and radio programmes. Brussels, 14.09.2016. COM (2016) 594 final; 3) Directive (EU) 2017/1564 of the European Parliament and of the Council of 13 September 2017 on certain permitted uses of certain works and other subject matter protected by copyright and related rights for the benefit of persons who are blind, visually impaired or otherwise print-disabled and amending Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. / OJ L 242, 20.9.2017, P. 6–13; 4) Directive (EU) 2017/1564 of the European Parliament and of the Council of 13 September 2017 on certain permitted uses of certain works and other subject matter protected by copyright and related rights for the benefit of persons who are blind, visually impaired or otherwise print-disabled and amending Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society. OJ L 242, 20.9.2017, p. 6–13.

<sup>23</sup> Executive summary of the impact assessment on the modernization of EU copyright rules Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organizations and retransmissions of television and radio programmes. Commission staff working document. 14.9.2016. SWD (2016) 302 final.

вил, сочетающих возможности сохранения специфических особенностей национального регулирования и позитивные характеристики универсализированного правового инструментария, направленного на минимизацию рисков неопределенности правового регулирования и непредсказуемости правоприменения.

Краткое исследование особенностей американского и британского вариантов функционирования механизма ограничения исключительных прав на объекты авторского права показывает следующее.

Доктрина добросовестного использования охватывает довольно ограниченную область применения в контексте реализации некоммерческого аспекта свободного использования произведений, лишь фрагментарно затрагивая вопросы нарушения публичных интересов в отрыве от оценки особенностей функционирования рыночных механизмов. В связи с этим нередко выдвигается идея возможности практически полной замены совокупности факторов альтернативными инструментами, в частности, технологическими мерами защиты и договорным регулированием, без ущерба интересам правообладателей и пользователей [Guilbault L., 2002: 85, 86]. Вместе с тем активное использование технологических мер защиты, а также повышение их доступности для правообладателей может существенно осложнить достижение баланса частных и публичных интересов, ограничив таким образом возможности свободного использования до некоторого строго контролируемого сегмента.

Доктрина добросовестного поведения, в отличие от доктрины добросовестного использования, в своей реализации ограничена закрытым перечнем узко сформулированных статутных ограничений, чем приближается по своему характеру к континентальной разновидности ограничительного механизма. Поскольку для правовой традиции стран «общего права» характерен высокий уровень стабильности, какие-либо существенные изменения в конструкции ограничительного механизма в ближайшее время вряд ли возможны. Между тем масштабная цифровизация не может не затронуть и эту доктрину, пока слабо адаптированную под обстоятельства глобального движения информации. В связи с этим в последние годы наблюдаются некоторые попытки законодательного расширения перечня случаев свободного использования, в том числе в направлении обеспечения доступа к цифровому контенту<sup>24</sup>, однако подобные меры носят фрагментарный характер и реализуются преимущественно поступательно, при необходимости.

---

<sup>24</sup> Modernizing Copyright: A Modern, Robust and Flexible Framework. Government Response to Consultation on Copyright Exceptions and Clarifying Copyright Law. 2011. Available at: <http://copyright-debate.co.uk/wp-content/uploads/Modernising-Copyright-a-modern-robust-and-flexible-framework-Government-response.pdf> (дата обращения: 09-12-2018); The Copyright (Free Public Showing or Playing) (Amendment) Regulations 2016 (S.I. 2016/565). Available at: <https://www.legislation.gov>.

## Заключение

Очевидно, что в рамках континентальной и англо-американской правовых традиций сложились две противоположные тенденции: повышение гибкости ограничительного механизма и его корректировка в сторону последующей конкретизации. При этом на фоне классических тенденций все более активно проявляет себя общая идея баланса частных и публичных интересов с учетом цифровизации и упрощения глобального информационного обмена. Оценивая потенциал применения существующих разновидностей ограничительного механизма, а также их адаптивные возможности, можно прийти к выводу, что к числу ключевых факторов, влияющих на адаптивность подобного механизма, могут быть отнесены следующие: общее правило оценки допустимости или возможность прямого применения такого правила; кумулятивность применения оценочных критериев; дополнительные оценочные критерии; степень открытости системы ограничений и уровень их конкретизации; цели вводимых ограничений, их количество, а также объекты, в отношении которых они распространяются. В связи с этим проблемы корректировки уровня гибкости правового регулирования могут быть решены путем расширительного толкования ограничений на уровне национального законодательства и использования дополнительных квалифицирующих критериев.

## Библиография

Bainbridge D.I. Intellectual Property. Harlow: Pearson, 2009. 892 p.

Colston C., Middleton K. Modern Intellectual Property Law. London: Cavendish, 2005. 738 p.

Dreier T. Regulating Competition by way of Copyright Limitations and Exceptions in Copyright Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2007. pp. 232–254.

Geiger C. (2013) The social function of the intellectual property rights, or how ethics can influence the shape and use of IP Law. Dinwoodie B. (ed.). Methods and Perspectives in Intellectual Property. Cheltenham: Edward Elgar, 400 p.

---

[uk/ukxi/2016/565/pdfs/ukxi\\_20160565\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukksi/2016/565/pdfs/ukxi_20160565_en.pdf) (дата обращения: 09-12-2018); The Copyright (Free Public Showing or Playing) (Amendment) Regulations 2016 (S.I. 2016/565). Available at: [https://www.legislation.gov.uk/ukksi/2016/565/pdfs/ukxi\\_20160565\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukksi/2016/565/pdfs/ukxi_20160565_en.pdf) (дата обращения: 09-12-2018); The Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 (Commencement No. 10 and Saving Provisions) Order 2016 (S.I. 2016/593). Available at: [https://www.legislation.gov.uk/ukksi/2016/593/pdfs/ukxi\\_20160593\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukksi/2016/593/pdfs/ukxi_20160593_en.pdf) (дата обращения: 09-12-2018); Digital Economy Act (2010). 2016. Available at: [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/pdfs/ukpga\\_20100024\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/pdfs/ukpga_20100024_en.pdf) (дата обращения: 09-12-2018); Digital Economy Act (2017). Available at: [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/30/pdfs/ukpga\\_20170030\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/30/pdfs/ukpga_20170030_en.pdf) (дата обращения: 09-12-2018).

- Geiger C. The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law? *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2006, no 37, pp. 683–699.
- Geiger C., Gervais D., Senftleben M. Understanding the three-step test. *International Intellectual Property: a Handbook of Contemporary Research*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015, pp. 167–189.
- Geiger C., Hilty R., Griffiths J., Suthersanen U. Declaration of Balanced Interpretation of Three-Step Test in Copyright Law. Available at: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2621/Declaration-Balanced-Interpretation-Of-The-Three-Step-Test.pdf> (дата обращения: 17-12-2018)
- Gervais D. Towards a New Core International Copyright Norm: the Reverse Three-Step Test. *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2005, vol. 9, pp. 1–35.
- Guilbault L. *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. 377 p.
- Heins M., Beckles T. *Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control*. New York: Brennan Center for Justice, 2005. 67 p.
- Hua J. *Towards a More Balanced Approach: Rethinking and Readjusting Copyright Systems in the Digital Network Era*. Berlin: Springer, 2014. 225 p.
- Hugenholtz B., Senftleben M. Fair Use in Europe: in Search of Flexibilities. *Amsterdam Law School Research Paper*, no 2012-39. Available at: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf> (дата обращения: 10-12-2018)
- Klein B., Moss G., Edwards L. *Understanding Copyright: Intellectual Property in the Digital Age*. London: SAGE, 2015. 160 p.
- Kur A. Of Oceans, Islands, and Inland Water — How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test? *Richmond Journal of Global Law and Business*, 2008, no 8, pp. 287–350.
- Lee N., Westkamp G., Kur A., Ohly A. *Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity: Convergences and Development*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. 368 p.
- Lock J. *Two Treatises on Government*. Manchester: Industrial Systems Research, 2013. 257 p.
- Owen L. Fair Dealing: a Concept in UK Copyright Law. *Learned Publishing*, 2015, no 3, pp. 229–231.
- Patterson L. *Copyright in Historical Perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968, pp. 202–212.
- Patterson L., Lindberg S. *The Nature of Copyright. A Law of User' Rights*. Athens: University of Georgia Press, 1991. 274 p.
- Ricketson S., Ginsburg J. *International Copyright and Neighboring Rights: the Berne Convention and Beyond*. Oxford: OUP, 2006. 878 p.
- Samuelson P. *Justifications for Limitations and Exceptions. Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*. Cambridge: University Press, 2017, pp. 12–59.
- Sun H. Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2007, vol. 5, pp. 267–331.
- Senftleben M. *Comparative Approaches to Fair Use: An Important Impulse for Reforms in EU Copyright Law* / Dinwoodie G. (ed.). *Methods and Perspectives in intellectual property*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. 400 p.
- Senftleben M. *Copyright, Limitations and the Three-step Test. An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. 340 p.

Suthersanen U. Human Rights and International Copyright Law. Copyright and Free Speech: Comparative and International Analyses. Oxford: Oxford University Press, 2005. 426 p.

Westkamp G. The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States. London: Centre for Commercial Law Studies, 2007. 482 p.

---

## Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 5

### Permissible Restrictions to Copyright in Continental and Anglo-American legal traditions



**Evgenia Balabanova**

Lecturer, Constitutional and Administrative Law Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Saint Petersburg branch. Address: 16 Souza Pechatnikov Str., Saint Petersburg 190008, Russian Federation. E-mail: evb@spbustavsud.ru



#### Abstract

The article is devoted to the most urgent problems of the functioning of the system of permissible copyright restrictions in different legal orders. Based on the analysis of two legal traditions the following conclusions can be formulated: in civil law countries the formation of a restrictive mechanism depends on such factors as the nature of the three-step test (direct or indirect), the procedure for applying this test (cumulative or non-cumulative), the combination of the main evaluation criteria (range of factors, compliance with a specific goal, availability of the work, conscientiousness), availability of alternative tools; in common law countries the formation of such mechanism depends on the existence of a general assessment rule (under the fair use doctrine this rule consists of four factors; under the fair dealing doctrine this rule is replaced by the fairness criterion), additional statutory and non-statutory evaluation criteria (protection of public interest, scope and nature of use, circumstances and purpose of use, the possibility of achieving the goal in another way, etc.). The author comes to the conclusion that such factors as the lack of a general rule or the possibility of its direct application; cumulative application of evaluation criteria; lack of additional criteria; closed list and excessive specification of restrictions; limiting the number of goal and objects have a negative effect on the restrictive mechanism and its adaptability. The article also proves that the problem of excessive rigidity of the assessment system can be solved by the interpretation as well as using additional criteria. The formation of a flexible restrictive mechanism simplifies the process of balancing private and public interests and updating the system of copyright restrictions. A special attention is given to the analysis of some features of legal regulation and to the problem of copyright limitations in the digital environment.



#### Keywords

copyright law; permissible restrictions to copyright; protection of exclusive rights; restrictive mechanism; three-step-test; fair use doctrine; fair dealing doctrine.

**For citation:** Balabanova E.V. (2019) Permissible Restrictions to Copyright in Continental and Anglo-American Legal Traditions. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 5, pp. 101–120 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.101.120



## References

- Bainbridge D.I. (2009) *Intellectual Property*. Harlow: Pearson Education, 892 p.
- Colston C., Middleton K. (2005) *Modern Intellectual Property Law*. London: Cavendish, 738 p.
- Dreier T. (2007) *Regulating Competition by Way of Copyright Limitations and Exceptions in Copyright Law*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 232–254.
- Geiger C. (2013) The social function of the intellectual property rights, or how ethics can influence the shape and use of IP Law. Dinwoodie B. (ed.) *Methods and Perspectives in Intellectual Property*. Cheltenham: Edward Elgar, 400 p.
- Geiger C. (2006) Three-Step Test, Threat to Balanced Copyright Law? *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, no 37, pp. 683–699.
- Geiger C., Gervais D., Senftleben M. (2015) Understanding the three-step test. Gervais D. (ed.). *International Intellectual Property: a Handbook of Contemporary Research*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 167–189.
- Geiger C., Hilty R., Griffiths J., Suthersanen U. (2010) Declaration of Balanced Interpretation of the Three-Step Test in Copyright Law. Available at: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2621/Declaration-Balanced-Interpretation-Of-The-Three-Step-Test.pdf> (accessed: 17-12-2018)
- Gervais D. (2005) Towards a New Core International Copyright Norm: the Reverse Three-Step Test. *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 9, pp. 1–35.
- Guilbault L. (2002) *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*. The Hague: Kluwer Law International, 377 p.
- Heins M., Beckles T. (2005) *Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control: a policy report*. New York: Brennan Center for Justice, 67 p.
- Hua J.J. (2014) *Toward a More Balanced Approach: Rethinking and Readjusting Copyright Systems in the Digital Network Era*. Berlin: Springer, 225 p.
- Hugenholtz B., Senftleben M. (2012) Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities. Amsterdam Law School Research Paper, no 2012-39. Available at: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf> (accessed: 10-12-2018)
- Klein B., Moss G., Edwards L. (2015) *Understanding Copyright: Intellectual Property in the Digital Age*. London: SAGE, 160 p.
- Kur A. (2008) Of Oceans, Islands, and Inland Water — How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test? *Richmond Journal of Global Law and Business*, no 8, pp. 287–350.
- Lee N., Westkamp G., Kur A., Ohly A. (2014) *Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity: Convergences and Development*. Cheltenham: Edward Elgar, 368 p.
- Locke J. (2013) *Two Treatises of Government*. Manchester: Industrial Systems Research, 257 p.
- Owen L. (2015) Fair Dealing: a Concept in UK Copyright Law. *Learned Publishing*, no 3, pp. 229–231.

- Patterson L. (1968) *Copyright in Historical Perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, pp. 202–212.
- Patterson L., Lindberg S. (1991) *The Nature of Copyright. A Law of User' Rights*. Athens: University of Georgia Press, 274 p.
- Ricketson S., Ginsburg J. (2006) *International Copyright and Neighboring Rights: the Berne Convention and Beyond*. Oxford: Oxford University Press, 878 p.
- Samuelson P. (2017) *Justifications for Limitations and Exceptions. Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*. Cambridge: University Press, pp. 12–59.
- Sun H. (2007) Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law. *Northwestern Journal of Technology & Intellectual Property*, vol. 5, pp. 267–331.
- Senftleben M. (2013) Comparative Approaches to Fair Use: An Important Impulse for Reforms in EU Copyright Law. Dinwoodie G. (ed.) *Methods and Perspectives in intellectual property*. Cheltenham: Edward Elgar, 400 p.
- Senftleben M. (2004) *Copyright, Limitations and the Three-step Test. An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*. The Hague: Kluwer Law International, 340 p.
- Suthersanen U. (2005) *Human Rights and International Copyright Law. Copyright and Free Speech: Comparative and International Analyses*. Oxford: Oxford University Press, 426 p.
- Westkamp G. (2007) *The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*. London: Centre for Commercial Law Studies, 482 p.



# Комплексная взаимосвязь блокчейн-технологии и объектов интеллектуальной собственности в трансграничных частноправовых отношениях

---



**Б.А. Шахназаров**

Доцент, кафедра международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: Ben\_raf@mail.ru

---



## **Аннотация**

В условиях развития трансграничных частноправовых отношений в цифровом пространстве использование блокчейн-технологий может стать средством защиты прав на объекты интеллектуальной собственности. Блокчейн-реестры могут служить доказательственной базой оригинальности, новизны объекта интеллектуальной собственности, подтверждением первичного правообладания и являться, таким образом, средством защиты и использования интеллектуальных прав в нескольких странах. Блокчейн-технология может быть использована разработчиками патентуемых объектов и секретов производства посредством создания цифровой записи, подтверждающей правообладание, существование и целостность объекта или части патентной информации на определенную дату. Использование блокчейн-технологии актуально и в контексте системы охраны товарных знаков в трансграничных отношениях и может осуществляться в целях обеспечения правообладателей товарных знаков безопасными средствами доказывания первого и непрерывного использования соответствующего обозначения. Правообладатели авторских прав получают возможность создания доказательственной базы в блокчейн-реестре, подтверждающей их личные неимущественные, а также исключительные права посредством их депонирования в электронной форме и упорядочивания. Блокчейн-реестр может обеспечить и фиксацию перехода исключительных прав. В мировой практике происходят процессы гармонизации отношений, реализуемых посредством блокчейн-технологии. Использование блокчейн-технологий в трансграничных отношениях, упрощающее и ускоряющее взаимодействие субъектов порождает и коллизионно-правовой вопрос. Блокчейн-реестр может рассматриваться как саморегулируемая система, действующая на основе реестрового правопорядка, который может быть обозначен как *Lex Registrum*. *Lex Registrum* представляется формирующимся казуальным правопорядком, который может быть выбран сторонами частноправовых отношений, использующими для их реализации блокчейн-технологии. *Lex Registrum* не является абсолютно универсальным правопорядком. В каждом случае реализации блокчейн-технологии, потенциал которой окончательно не раскрыт, могут формироваться специальные стандарты регулирования. При этом общие коллизионные нормы, применяемые судом для отыскания

компетентного правопорядка с учетом соответствующего статута отношения (например, вещный статут, интеллектуальный статут) на данном этапе развития регулирования блокчейн-технологии невозможно заменить на *Lex Registrum*.

---



### Ключевые слова

блокчейн-технология, блокчейн-реестр, объекты промышленной собственности, объекты авторских прав, трансграничные отношения, применимое право, *Lex Registrum*, саморегулирование.

---

---

**Благодарности:** статья подготовлена в рамках работы по проекту №018-011-00883 «Информационный суверенитет: от вопросов определения юрисдикции государства до он-лайн разрешения споров» Российского фонда фундаментальных исследований.

**Для цитирования:** Шахназаров Б.А. Комплексная взаимосвязь блокчейн-технологии и объектов интеллектуальной собственности в трансграничных частноправовых отношениях // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 121–147.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.121.147

## Введение

В условиях развития трансграничных частноправовых отношений в цифровом пространстве, моментального распространения информации по всему миру посредством одного действия использование блокчейн-технологий может стать средством защиты прав на объекты интеллектуальной собственности. Блокчейн (blockchain) представляет собой вариацию распределенного реестра, использующего последовательность блоков для достижения достоверного консенсуса в распределенной системе защищенным от злоупотреблений способом. В современной зарубежной доктрине отмечается, что среди областей трансграничных правоотношений, где блокчейн-технология может быть применена, сфера интеллектуальной собственности играет важную роль<sup>1</sup>.

Действительно, для заявителей или правообладателей различных объектов интеллектуальной собственности с учетом открытого характера сети Интернет и моментального распространения информации бывает сложно доказать новизну, оригинальность, авторство в отношении объектов интеллектуальной собственности. Особую актуальность эта проблематика

---

<sup>1</sup> Monteleone L. Blockchain will alter trademarks' registration and enforcement? Available at: <http://www.medialaws.eu/how-blockchain-will-alter-trademarks-registration-and-enforcement> (дата обращения: 30-10-2018)

приобретает применительно к объектам авторских прав, которые охраняются с момента создания и для охраны которых не требуется государственной регистрации прав, не ведется реестр таких прав на государственном уровне.

В то же время применительно к объектам промышленной собственности, несмотря на необходимость государственной регистрации (для большинства объектов промышленной собственности), прежде всего к патентуемым объектам, вопросы новизны, изобретательского уровня, задачи установления сведений, ставших доступными в мире на момент подачи заявки, требуют использования дополнительных технологических средств.

Блокчейн-технологии в обозначенном контексте могут служить, например, технологической формой нотариального заверения, управления интеллектуальной собственностью [Вауон Р., 2019: 68], доказательственной базой оригинальности, новизны объекта интеллектуальной собственности, подтверждением первичного правообладания. Блокчейн-технология может позволить создателям объектов интеллектуальной собственности безопасно хранить их (информацию о них) в безопасном реестре. В процессе хранения информации об объекте интеллектуальной собственности в блокчейн-реестре она не может быть уничтожена или изменена (по крайней мере, без целенаправленного использования специальных технических средств).

Таким образом, блокчейн-технология перспективна в контексте определения возможности и эффективности ее использования в современной системе охраны интеллектуальной собственности, в том числе с учетом ее возможного экстратерриториального действия.

Основу методологии статьи составили преимущественно формально-юридический и сравнительно-правовой методы, на основе которых были выделены особенности использования блокчейн-технологии в целях охраны различных объектов интеллектуальной собственности с учетом их различающейся правовой природы, а также различных подходов государств к использованию блокчейн-технологии в проектах управления, использования и охраны интеллектуальной собственности.

## **1. Охрана различных объектов интеллектуальной собственности в трансграничных отношениях с использованием блокчейн-технологии**

В результате использования блокчейн-технологии имеется возможность использования по сути цифрового сертификата подлинности, который обеспечивает безопасный и эффективный способ каталогизации нематериальных объектов и прав на них, предоставляя неоспоримую запись о регистра-

ции прав интеллектуальной собственности, легкодоступную из любой точки мира<sup>2</sup>.

Блокчейн-реестры для охраны прав на объекты интеллектуальной собственности могут быть практичным методом, позволяющим правообладателям эффективно защищать и использовать результат их интеллектуальной деятельности одновременно в нескольких странах. Правообладатели авторских прав получают возможность создания доказательственной базы в блокчейн-реестре, подтверждающей их личные неимущественные, а также исключительные права посредством их депонирования в электронной форме и упорядочивания. Отмечается, что блокчейн может хранить записи, например, методических материалов безопасным образом посредством распределенного реестра, предоставлять достоверные цифровые сертификаты, осуществлять совместное использование учебных ресурсов с помощью смарт-контракта и защищать интеллектуальную собственность с помощью шифрования данных [Sun H., Wang X., Wang X., 2018: 252]. Блокчейн-реестр, кроме того, обеспечивает фиксацию процесса внесения информации об объекте интеллектуальной собственности и модерируемого внесения изменений в такую информацию (например, об изменении правообладателя, о заключенных лицензионных договорах, о соглашениях между несколькими правообладателями).

Идея создания реестра лицензий (предоставляемых прав пользования) на объекты интеллектуальной собственности была реализована до появления блокчейн-технологий. Так, система Creative Commons, основанная в 2001 г. и использующая механизм свободной лицензии, уже тогда дала возможность использования набора стандартных лицензий через веб-приложение. Это помогало правообладателям в предоставлении права пользования на их объекты интеллектуальной собственности на безвозмездной основе в определенных целях неограниченному числу лиц или в переводе таких объектов в режим общественного достояния.

Для реализации аналогичных проектов в настоящее время уже используются блокчейн-технологии. Например, сервисы Медиачейн и Эскрайб предлагают фотографам сделать запись в блокчейн-реестре посредством внесения в реестр в цифровой форме созданной ими фотографии, что также позволяет охранять целостность произведения [Casino F., Dasaklisb T., Patsakis C., 2019: 63]. Если эти изображения загружаются третьими лицами в любом сегменте Интернета, т.е. используются незаконно, авторы фотографий с помощью записи в реестре могут доказать факт принадлежности

---

<sup>2</sup> Lutz R. Digital Transformation: Managing IP rights through the blockchain. Available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1723d7df-0bb7-46f3-9db0-a9299c36dad6> (дата обращения: 30-10-2018)

им оригинала фотографии (на дату загрузки в блокчейн-реестр с аутентификацией автора фотографии — определенную дату, более раннюю, чем дата загрузки в Сеть фотографии третьими лицами). С учетом положений о конвенционной охране Бернской конвенции об охране художественных и литературных произведений (1886) использование такой технологии может предоставить авторам эффективную возможность охраны произведений за рубежом одновременно во многих странах. В то же время есть сервисы, в функционировании которых уже учтены требования национального законодательства. Например, сервис Биндид (Binded) позволяет осуществить, по сути, регистрацию изображения в блокчейн-реестре с учетом требования американского законодательства к регистрации объектов авторских прав в Бюро авторских прав Конгресса. Это является надежной «авторитетной» процедурой по доказательству авторских прав создателей (правообладателей) произведений. В китайской науке отмечается возможность охраны в КНР с помощью блокчейн-технологии микрофильмов, представляющих собой уменьшенную репродукцию рукописного, печатного или графического документа, сделанную на фото- или киноплёнке [Tsai W. et al, 2017: 174], что может служить эффективным способом закрепления формы и охраны объектов авторских прав.

В науке отмечается возможность систематизации и охраны сиротских произведений с помощью блокчейн-технологии на примере опыта ЕС, с учетом действия Директивы Европейского союза об определенных случаях разрешенного использования сиротских произведений от 25.10.2012 г. [Рузакова О.А., Гринь Е.С., 2017: 511]. Кроме того, глобально выделяются вопросы использования блокчейн-технологии для решения проблематики справедливого вознаграждения, технических средств защиты авторских прав, предотвращения злоупотребления смарт-контрактами, эффективного ведения реестров объектов авторских прав [Bodó B., Gervais D., Quintais J., 2018: 319–320].

При этом в науке уже сейчас сформированы критические позиции применительно к использованию блокчейн-технологии для целей охраны авторских прав на художественные произведения, ввиду эстетических недостатков цифровой формы художественных произведений и нивелирования частного характера авторских прав. [Zeilinger M., 2018: 15].

Интересным примером использования блокчейн-технологий для охраны различных объектов интеллектуальной собственности и, прежде всего, объектов промышленной собственности, используемых в производстве (ноу-хау, патентуемые объекты), является стартап Бернштейн. Проект предлагает использование блокчейн-технологии для управления интеллектуальными правами и их охраны. Правообладателям создается возможность создания

цифровой записи в реестре об их патентуемых технологиях, секретах производства, а также для целей регистрации их изобретений, полезных моделей, промышленных образцов с предоставлением блокчейн-сертификата, подтверждающего правообладание, существование и целостность того или иного объекта интеллектуальной собственности или, например, части патентной информации на определенную дату. Сервис позволяет надежно зафиксировать факт преждепользования, защитить информацию, не подлежащую раскрытию или, напротив, зафиксировать факт раскрытия информации по планируемой последующей заявке на регистрацию изобретения (в некоторых странах допускается льготный период, обычно сроком от 6 до 12 месяцев<sup>3</sup>, который служит гарантией для заявителей, раскрывших свои изобретения до подачи патентной заявки, и такое раскрытие не будет считаться порочащим новизну изобретения). В России, например, этот срок составляет шесть месяцев по п. 3 ст. 1350 Гражданского Кодекса Российской Федерации, причем бремя доказывания того, что обстоятельства, в силу которых раскрытие информации не препятствует признанию патентоспособности изобретения, имели место, лежит на заявителе.

Использование блокчейн-технологии актуально и в контексте системы охраны товарных знаков в трансграничных отношениях. Например, в Подкомитете по новейшим проблемам реализации блокчейн-технологии Международной ассоциации правообладателей товарных знаков<sup>4</sup> отдельно изучается вопрос о потенциальной значимости блокчейн-технологии в практике охраны прав на товарные знаки. Отмечается, что обозначенную технологию распределенного реестра возможно эффективно использовать для обеспечения правообладателей товарных знаков безопасными средствами документально подтвержденных доказательств первого и непрерывного использования соответствующего обозначения [Collen V. et al, 2018: 3]. Кроме того, блокчейн-технология может быть использована для противодействия распространению контрафактной продукции. Распределенный блокчейн-реестр, обеспечивающий координацию связанных между собой правоотношений по поставке товаров между производителями, грузоотправителями, посредниками и поставщиками, способен обеспечить продажу конечному потребителю именно оригинальной продукции, доставленной законным способом с соблюдением всех прав заинтересованных субъектов, в том числе интеллектуальных прав. Таможенные органы могут использо-

---

<sup>3</sup> Available at: URL: [http://www.wipo.int/patents/ru/faq\\_patents.html](http://www.wipo.int/patents/ru/faq_patents.html) (дата обращения: 30-10-2018) 12-месячный срок применяется в США, Японии, Сингапуре и др. См.: <http://mewburn.com/resource/grace-periods-for-disclosure-of-an-invention-before-applying-for-a-patent/> (дата обращения: 30-10-2018)

<sup>4</sup> Available at: <https://www.inta.org/About/Pages/Overview.aspx> (дата обращения: 30-10-2018)

вать блокчейн-технологию для проверки легитимности поставки товаров на территорию и, соответственно, идентификации контрафактных товаров.

Блокчейн-технология делает более доступными доказательства действия исключительных прав и факта их нарушений в спорах, связанных с соотношением прав на товарные знаки и прав на доменные имена, в том числе разрешаемых согласно процедурам UDRP (Единой политики разрешения доменных споров, разработанной ВОИС), иных спорах, так или иначе связанных с доменными именами (например, возможность адаптации соответствующих процедур ВОИС к GDPR (Общему регламенту ЕС о защите персональных данных № 2016/679). Так, блокчейн-технология может служить и механизмом защиты персональных данных, закрепляя и охраняя сведения о пользовательском домене транзакций [Zhang N., Zhong S., Tian L., 2017: 886].

Важной для охраны товарных знаков особенностью блокчейн-технологии является то, что вместо того, чтобы одна сторона хранила запись обо всех транзакциях, происходящих в данной системе, блокчейн-сеть разделяет задачу записи этих транзакций между лицами, делающими их, а базовая технология следит, чтобы все пользователи сохраняли сопоставление записей. Это в свою очередь приводит к тому, что блокчейн-реестр сохраняет все транзакции, записанные внутри, в общедоступном, временном и защищенном от несанкционированного доступа пространстве. Записи блокчейн-реестра являются исчерпывающими (т.е. содержат записи каждой транзакции в истории данной блокчейн-цепи), и чем больше записей добавлено в блокчейн-реестр, тем более безопасным он становится [Collen B. et al, 2018: 3]. Благодаря рассматриваемой технологии упрощаются и процедуры отчуждения или передачи прав пользования на товарный знак, а также отслеживания новых правообладателей.

Для охраны прав на товарные знаки существует как минимум два потенциальных способа применения блокчейн-технологии. Во-первых, это создание записей на основе блокчейн-технологии как более надежной и безопасной системы ведения учета информации для подтверждения факта использования товарных знаков. Во-вторых, информация, надежно и безопасно зафиксированная в записях блокчейн-реестра, служит доказательством происхождения и легитимности товаров в контексте принятия мер по противодействию изготовлению и распространению контрафактных товаров, нарушающих права законных правообладателей товарных знаков. Кроме того, блокчейн-технология служит системой эффективной доказательственной базы использования товарного знака при спорах о нарушении исключительных прав.

Надежные временные метки записи не могут быть изменены какой-либо стороной, заинтересованной в доказательствах первого использования, даты подачи заявки на регистрацию, даты регистрации и т.д. Невозможно

удалить информацию об источнике, достоверности, времени создания экземпляра товара. Конечно, существуют государственные реестры регистрации товарных знаков, с помощью которых осуществляется государственная охрана прав на товарный знак, но они решают лишь вопросы собственно регистрации товарных знаков (с фиксацией даты приоритета знака) и не могут служить доказательством первого использования, когда это требуется по законодательству страны охраны знака.

Факт использования зарегистрированных и незарегистрированных товарных знаков может быть записан в одном и том же распределенном реестре. Тем самым создается всеобъемлющее представление обо всех используемых товарных знаках и степени использования их в конкретной юрисдикции. Записи могут быть сделаны для использования товарного знака в любой юрисдикции. Сказанное свидетельствует о трансграничном характере возможной охраны прав на товарные знаки посредством блокчейн-технологии. В условиях сохраняющегося действия территориального принципа охраны товарных знаков блокчейн-технология может быть направлена на упрощение и оптимизацию международной регистрации знаков, в том числе и Мадридской системы регистрации знаков.

Блокчейн-технологию можно использовать для создания и фиксации всеобъемлющих, неоспоримых доказательств сроков использования товарных знаков, а также сроков действия охраны прав на товарные знаки. Записи быстро реализуемы и всегда доступны. Кроме того, они не могут быть удалены или закрыты для просмотра, что обеспечивает прозрачность возможной технологичной охранной системы, основанной на использовании блокчейн-технологии. Технология позволяет экономить время и денежные средства, направляемые обычно на обеспечение государственных механизмов предоставления охраны и поддержания в силе действия прав на товарные знаки.

В блокчейн-технологии заложен потенциал разрешения различных проблем, с которыми сталкивается правообладатель из-за действий нарушителей прав или третьих лиц ввиду того обстоятельства, что записи о товарных знаках при использовании блокчейн-технологии защищены и невосприимчивы к изменениям. Использование блокчейн-технологии обеспечивает гарантии того, что всеобъемлющая информация о товарном знаке (вся относящаяся к товарному знаку информация, начиная с момента его создания и первого использования) зафиксирована в реестре безопасным и надежным способом. Это в свою очередь позволяет исключить проблему неполноты сведений классических регистрационных систем охраны, которая является недостатком негосударственных и даже государственных регистрационных систем, содержащих соответствующие записи о зарегистрированных товарных знаках и поданных заявках.



Продолжая анализ прагматических функций блокчейн-технологий в сфере охраны прав на товарный знак, необходимо отметить, что рассматриваемая технология может эффективно реализовывать задачи регистрации товарных знаков, выраженных в графических обозначениях и логотипах, по аналогии с приведенными выше механизмами охраны с помощью блокчейн-реестров прав на художественные произведения, в частности, фотографии. Блокчейн-технология позволяет сопоставлять графические обозначения, логотипы, загружаемые в реестр товарных знаков, с обозначениями, имеющими более ранний приоритет, что может служить эффективной основой установления тождественности и сходства до степени смешения для принятия решения об охране товарного знака.

Говоря о подходах к возможностям блокчейн-технологий, отметим, что в США на основе онлайн-платформы Cognate реализуется регистрация товарных знаков с использованием блокчейн-технологии. Эта платформа позволяет быстрее и дешевле регистрировать так называемые «обозначения цепи». Требуется один день и около 40 долларов, в то время как такие крупные регистрационные ведомства, как USPTO (Ведомство США по патентам и товарным знакам) или EUIPO (Ведомство ЕС по интеллектуальной собственности) осуществляют регистрационную функцию в течение 12 месяцев при более высоких регистрационных сборах<sup>5</sup>

По словам М. Кауфмана, сопредседателя Совета по использованию блокчейн-технологии для целей интеллектуальной собственности, действующего в рамках Палаты цифровой торговли (Chamber of Digital Commerce<sup>6</sup>), EUIPO высоко оценивает потенциал блокчейн-технологии и активно использует его для фиксации и обеспечения прав на объекты интеллектуальной собственности<sup>7</sup>. В доктрине отмечается, что обозначения цепи будут в скором будущем признаны в качестве нового стандарта регистрации и будут обеспечивать тот же уровень защиты, что и традиционные зарегистрированные товарные знаки или незарегистрированные товарные знаки, защита которых слабее, но может быть осуществлена; кроме того, такие обозначения полезны в судебном разбирательстве, в качестве доказательств первого использования<sup>8</sup>.

Однако если в современных условиях развития национального законодательства о товарных знаках допустить возможность функционирования

<sup>5</sup> Monteleone L. Op.cit.

<sup>6</sup> Объединение компаний, использующих и обслуживающих блокчейн-технологии. Available at: <https://digitalchamber.org/about/> (дата обращения: 30-10-2018)

<sup>7</sup> Mertens E. How Blockchain will Change Intellectual Property — Trademarks and Brands. Available at: <https://www.managingip.com/Article/3790561/How-blockchain-will-change-intellectual-property-trade-marks-and-brands.html> (дата обращения: 30-10-2018)

<sup>8</sup> Monteleone L. Op. cit.

такой альтернативной регистрации прав на товарные знаки, то возможны конфликты систем охраны товарных знаков (регистрационная система, система охраны незарегистрированных товарных знаков и блокчейн-система охраны товарных знаков). Использование блокчейн-технологии целесообразно как в рамках действующей регистрационной системы охраны товарных знаков в той или иной стране, так и в рамках возможной охраны незарегистрированных товарных знаков (с различным финансовым бременем). Отдельное существование и использование блокчейн-системы регистрации товарных знаков можно предположить, если допустить возможность интеграции всех национальных систем регистрации товарных знаков в один блокчейн-реестр, что кардинально изменит парадигму территориального подхода к охране товарных знаков и промышленной собственности, в целом. Обозначенный сценарий развития международно-правовой охраны товарных знаков возможен и логичен лишь при условии безопасности, максимально обеспеченной на паритетных началах всеми государствами-участниками системы. Однако политические и финансовые вопросы (необходимость уплаты пошлин, их величина, распределение между государствами, распределение инфраструктурной нагрузки) могут быть серьезными препятствиями на пути к оптимизации международно-правовой охраны промышленной собственности.

Блокчейн-технологии могут использоваться и для записи перехода прав на тот или иной объект промышленной собственности. Если регистрация перехода исключительных прав (перехода права пользования по лицензионному договору, договору франчайзинга или перехода прав в полном объеме по договору об отчуждении исключительных прав) является обязательным требованием государства, в котором охраняется объект промышленной собственности, блокчейн-технология может служить, надежной, быстродействующей системой закрепления соответствующих записей.

Таким образом, блокчейн-технологии активно применяются для охраны объектов интеллектуальной собственности. Их использование применительно к охране объектов промышленной собственности не подменяет государственной регистрации (когда она обязательна), но служит дополнительным механизмом фиксации информации и доказательства обстоятельств, имеющих важное значение как при осуществлении государственной регистрации того или иного объекта, так и для его охраны при дальнейшем использовании.

В мировой практике прослеживается и обратная тенденция, когда компании пытаются использовать инструменты патентования для охраны блокчейн-технологий, т.е. запатентовать свою блокчейн-технологию. Так, например, в России в 2017 г. выдан патент (RU 2639015) на систему отслеживания и контроля качества продукции на всех этапах от производства до реализации. Блокчейн-технология, используемая в изобретении, реализует

возможность сохранения информации о всех операциях по производству и реализации продукции в распределенный реестр. В реестре фиксируются данные о времени, дате, участниках, виде каждой операции, а также информация о всей распределенной системе хранения и обработки информации, все части которой для поддержания целостности и обеспечения достоверности информации постоянно согласуются. Пользователь системы уже не только смотрит на напечатанную на упаковке продукта дату, а может обратиться к системе, в которой она строго зафиксирована, имеет возможность посмотреть, как продукт транспортировался, как и в каких условиях хранился, может отследить все действия, которые могли повлиять на качество продукта<sup>9</sup>.

В мировой практике также набирает обороты регистрация патентных прав на блокчейн-технологии. Прежде всего к патентованию в рассматриваемой сфере прибегают банки и финансовые институты. Среди заявителей-лидеров Bank of America, международная платежная система MasterCard, крупнейшая в мире производителей и поставщиков аппаратного и программного обеспечения компания IBM. Патентная охрана испрашивается преимущественно на внутреннюю структуру технологии, механизм ее работы и сферы применения<sup>10</sup>. Например, в США в 2017 г. выдан Патент № 9,830,593, который был получен SS8 Networks Inc. и охватывает методы идентификация пользователей, использующих псевдонимы в транзакциях<sup>11</sup>. США — один из лидеров патентования блокчейн-технологий. По состоянию на январь 2018 г. в США было выдано более 60 патентов, непосредственно связанных с использованием блокчейн-технологии [Gatto J., 2018: 5]. При этом некоторые патенты в рассматриваемой сфере выдаются и в отношении охраны промышленных образцов (например, патент № D759,073 от 14.06.2016 на разработку экрана дисплея, служащего графическим пользовательским интерфейсом для представления информации о криптовалюте). Кроме того, возможна реализация с помощью блокчейн-технологии и полезной модели как объекта охраны промышленной собственности, программного обеспечения [Chaudhry I., 2018: 5]. Так, блокчейн-технология может стать технологической основой генерации энергоресурсов в электрической сети<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Ивлиев Г.П. Патентование с помощью блокчейн-систем требует серьезной дискуссии. URL: <https://4science.ru/articles/Intervu-rukovoditelya-Rospatenta-Grigoriya-Ivlieva> (дата обращения: 30-10-2018)

<sup>10</sup> Available at: URL: <https://rg.ru/2018/06/04/chislo-zaiavok-na-patenty-v-sfere-blokchejna-budet-rasti.html> (дата обращения: 30-10-2018)

<sup>11</sup> Lewin B. Blockchain and patents. Available at: <https://grr.com/wp-content/uploads/2018/05/Blockchain-and-Patents-May-2018.pdf> (дата обращения: 12-11-2018)

<sup>12</sup> Martin C. How Blockchain is Threatening to Kill the Traditional Utility. Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-04-09/blockchain-latest-death-knell-of-an-old-school-utility-model> (дата обращения: 12-11-2018)

Само название «блокчейн-технология» для введения в торговый оборот той или иной продукции или услуги можно охранять и с помощью товарных знаков. Так, при первичном рассмотрении становится ясно, что защита товарных знаков с указанием на блокчейн-технология может быть предоставлена в отношении товаров или услуг, производимых или оказываемых с помощью блокчейн-технологии по разным классам на основании Ниццкого соглашения о Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков (1979). Действительно, по соответствующим заявкам на такие товарные знаки в качестве истребуемых классов товаров с учетом содержания самой технологии могут быть выбраны: программное обеспечение как товар (класс 9); услуги по регистрации, переписке, составлению, сбору или систематизации письменных сообщений и записей, а также по использованию или сбору математических или статистических данных (класс 35), услуги, касающиеся денежно-финансовых операций (класс 36), коммуникационные услуги (класс 38), научные и технологические услуги и относящиеся к ним исследования и разработки; услуги по промышленному анализу и исследованиям разработки программного обеспечения, как услуга (класс 42), а также широкий спектр услуг 45 класса: сбор информации о физических лицах; управление делами по авторскому праву; юридические услуги — управление юридическое лицензиями, услуги по подготовке юридических документов и др. Так, например, ООО «Инфовотч управление активами» подала заявку в Роспатент на регистрацию таких товарных знаков, как BlockchainMonkey, CasperCoin, CryptoCasper, CryptoGod, BitGenius, BitGod, по 9, 36, 38, и 42 классам международной классификации товаров и услуг (МКТУ)<sup>13</sup>.

Если говорить об основных патентуемых объектах — изобретениях, то блокчейн-технология, безусловно, должна быть новой, промышленно применимой и иметь изобретательский уровень. Эти критерии распространены в большинстве стран, в том числе и по причине того, что они унифицированы в Соглашении ТРИПС (1994).

Основополагающая (фундаментальная) технология распределенного блокчейн-реестра в США запатентована более 20 лет назад (Патент № .4,309,569 от 5.01.1982) и потому патентной защиты не имеет. При этом в США, которые являются одним из лидеров в разработке технологий блокчейна, началась настоящая патентная война за право использовать блокчейн-технология в конкретных областях [Drobyszko S., Makedon V. et al, 2019: 5]. В силу сказанного патентной защите подлежат новейшие блокчейн-

---

<sup>13</sup> Available at: URL: <https://vc.ru/crypto/32068-kasperskaya-podala-zayavku-na-registraciyu-tovarnogo-znaka-caspercoin-i-nazvala-bitkoin-razrabotkoy-amerikanskih-specsluzhb> (дата обращения: 12-11-2018)

технологии (прежде всего технические решения, относящиеся к способу обработки, хранения и передачи информации), направленные на решение конкретной производственной, технологической задачи в той или иной области отношений.

Таким образом, патентование является распространенным механизмом защиты блокчейн-технологий. В то же время в зарубежной доктрине отмечается: эффективность патентной охраны блокчейн-технологии может быть нивелирована тем, что сама технология до начала истечения периодов раскрытия информации или непосредственной подачи заявки должна быть конфиденциальной. Кроме того, такие крупные исследовательские организации, как R3 CEV<sup>14</sup> делают свой программный код блокчейн открытым для публики. Это в свою очередь затрудняет заявителю процесс доказывания новизны и неочевидности его изобретения.

Создание портфеля патентов для защиты блокчейн-сервисов, действительно, является процедурой длительной и дорогостоящей. Ввиду сказанного патентный подход к защите блокчейн-технологии может стать проблемой развития инновационного бизнеса, особенно стартап-проектов. В определенных случаях, особенно при быстром развитии технологических инноваций, технология может устаревать до выдачи патента<sup>15</sup>. Таким образом, возникла практика защиты блокчейн-технологий с помощью механизма охраны секрета производства (ноу-хау). В то время как различные блокчейн-технологии, применяемые, например, в криптовалютах Биткойн и Этериум, используют открытый исходный код, и, следовательно, не могут охраняться режимами охраны ноу-хау, некоторые компании разрабатывают частные блокчейн-сервисы, которые ориентированы на закрытый перечень лиц (с ограниченной возможностью внесения изменений в исходный код). Таким образом, блокчейн-технология с «закрытым исходным кодом» может являться предметом коммерческой тайны и составлять ноу-хау в случае, если она отвечает необходимым критериям охраноспособности ноу-хау.

В мировой практике такие критерии формулируются практически тождественным образом: неизвестность информации, составляющей ноу-хау, третьим лицам, коммерческая ценность такой информации ввиду неизвестности (действительная или потенциальная), принятие правообладателем разумных мер для сохранения секретности информации (п. 2 ст. 39 Соглашения ТРИПС, п. 1 ст. 2 Директивы Европарламента и Совета ЕС 2016/943

<sup>14</sup> Исследовательская компания, разрабатывающая блокчейн-технологии в финансовой сфере.

<sup>15</sup> Hess C. IP/It: protecting blockchain innovations with patents or as a trade secret — an overview of the advantages and disadvantages. Available at: <https://www.beiten-burkhardt.com/en/blogs/ipit-protecting-blockchain-innovations-patents-or-trade-secret-overview-advantages-and> (дата обращения: 12-11-2018)

от 8.06.2016 «О защите конфиденциальных ноу-хау и деловой информации (коммерческой тайны) от незаконного приобретения, использования и раскрытия»; ст. 1465 ГК РФ). В случае необходимости защиты блокчейн-технологии посредством режимов охраны ноу-хау можно внести изменения в программное обеспечение блокчейн-технологии с открытым исходным кодом, изменив концепцию проекта на закрытую, и защитить измененную блокчейн-технология с уже закрытым исходным кодом посредством режимов охраны ноу-хау<sup>16</sup>.

Как видим, связь блокчейн-технологии и технологичного ноу-хау может быть очень тесной. В то же время блокчейн-технология как таковая в обратном порядке может быть специальным режимом обеспечения элементов охраноспособности ноу-хау. Так, самым сложным для доказывания критерием охраноспособности ноу-хау (из перечисленных выше) является «принятие правообладателем разумных мер для сохранения секретности информации». Фактически блокчейн-технология позволяет защитить информацию в частной сети посредством соответствующих механизмов криптографии, что позволит правообладателю ноу-хау соответствовать изложенному выше требованию к его охране. Таким образом, блокчейн-технология действительно может быть мерой, посредством которой можно было бы обеспечить режим коммерческой тайны для целей охраны ноу-хау в определенных условиях частной, закрытой сети с ограниченным доступом к фактическому содержанию информации.

Действительно, блокчейн-технология может рассматриваться как безопасная среда для размещения информации в соответствии с требованием «принятия правообладателем разумных мер для сохранения секретности информации». Для доступа к блокчейн-реестрам необходимы «ключи шифрования», и несанкционированный доступ, взлом такого блокчейн-реестра практически исключаются: хакеру придется редактировать данные в каждом устройстве, подключенном к блокчейн-сети<sup>17</sup>.

Инновационный бизнес и стартап-проекты уже используют режим охраны ноу-хау для защиты своих блокчейн-технологий и наоборот. К охране ноу-хау предъявляется меньше требований, установление режима коммерческой тайны, обеспечивающего охрану ноу-хау, менее затратно (иногда и вовсе не требует никаких затрат) и происходит в кратчайшие сроки. Однако в отличие от патентных прав, имеющих четкие критерии охраноспособности, и обе-

---

<sup>16</sup> Fields A., Ullman H. United States: OPEN SECRETS: Can Business Methods Based on Blockchain Technology Constitute Trade Secrets? Available at: <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/729780/Trade+Secrets/Employers+Victims+and+Witnesses+Rejoice+California+Bars+Sexual+Harassers+from+Suing+for+Defamation> (дата обращения: 12-11-2018)

<sup>17</sup> Balbo A. Can Blockchain be a 'reasonable step' to keep trade secrets safe? Available at: <https://trustinip.com/can-blockchain-be-a-reasonable-step-to-keep-trade-secrets-safe> (дата обращения 12-11-2018)

спечиваемых механизмами государственной регистрации, охрана ноу-хау подвержена большим рискам. Так, недостатком ноу-хау является то, что они не защищены от параллельных разработок или законного воспроизведения решения, способа, изделия по образцу конкурентами. Преимуществом патентного подхода к охране блокчейн-технологии является и то, что они могут значительно увеличить стоимость компании ввиду понятных и доступных критериев оценки исключительного права на патентуемые объекты.

## **2. Гармонизирующая основа регулирования блокчейн-технологий**

Правовое регулирование трансграничных частноправовых отношений, осуществляемых с использованием блокчейн-технологий в условиях отсутствия международного договора, стало предметом изучения Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Деятельность ЮНСИТРАЛ в обозначенном направлении привела к разработке Типового закона об электронных передаваемых записях 2017 г. (UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records; далее — Типовой закон, Закон 2017 г.)<sup>18</sup>. Он основывается на основополагающих принципах, лежащих в основе актов ЮНСИТРАЛ в области электронной торговли. Речь идет о Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах (2005), Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронных подписях (2001) и ее же Типовом законе об электронной торговле (1996), которые, как указано в Преамбуле Закона 2017 г., оказывают существенную помощь государствам в вопросах обеспечения и создания благоприятных условий для применения электронных средств в международной торговле, но в то же время не регулируют вопросы, связанные с использованием в международной торговле электронных передаваемых записей.

В частности, восприятие принципа функциональной эквивалентности [Guomin L., Shengmian Z., 2018: 1543] позволяет осуществлять регулирование, не затрагивая материальное право, применимое к передаваемым документам и инструментам. В свою очередь реализация принципа технологической нейтральности позволяет использовать для целей трансграничной торговли все методы и технологии, в том числе прибегать к распределенным реестрам на основе блокчейн-технологии<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Available at: URL: [http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/MLETR\\_ebook\\_R.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/MLETR_ebook_R.pdf) (дата обращения: 30-10-2018)

<sup>19</sup> Lemay T. UN Commission on International Trade Law adopts the UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records. Available at: <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2017/unisl251.html> (дата обращения: 30-10-2018)

Так, в главе II Типового закона 2017 г. «Положения о функциональной эквивалентности» устанавливаются важнейшие правила признания электронных передаваемых записей. В частности, использование электронной передаваемой записи, если содержащаяся в ней информация является доступной для последующего использования, приравнивается к соблюдению письменной формы, если законодательство той или иной страны содержит требование об обязательности письменной формы применительно к той или иной сделке (ст. 8). Кроме того, в тех случаях, когда законодательство страны требует наличие подписи какого-либо лица, это требование считается выполненным посредством электронной передаваемой записи, если используется надежный метод для идентификации этого лица и указания его намерения в отношении информации, содержащейся в электронной передаваемой записи (ст. 9).

Общие стандарты надежности указанных выше методов установлены в ст. 12 Закона 2017 г. и предполагают, что метод должен быть настолько надежным, насколько это соответствует цели выполнения функций, для которых этот метод используется. Функции могут включать любые операционные правила, касающиеся оценки надежности; гарантию целостности данных; способность предотвращать несанкционированный доступ к системе и ее несанкционированное использование; безопасность аппаратного и программного обеспечения; регулярность и объем аудита, проводимого независимым органом; заявление, сделанное надзорным органом, аккредитующим органом или на основе добровольной схемы в отношении надежности этого метода; любой применимый промышленный стандарт. Надежность гарантирована также, если метод предполагает выполнение соответствующей обозначенной выше функции им самим или такое выполнение обосновано с помощью других доказательств.

Закон 2017 г. определяет электронную запись как информацию, созданную, переданную, полученную или хранящуюся с помощью электронных средств, включая в надлежащих случаях всю информацию, логически присоединенную или иным образом связанную вместе (с тем, чтобы стать частью записи), подготовленную одновременно или нет (ст. 2). Таким образом, запись в блокчейн-реестре может являться такой электронной записью, поскольку удовлетворяет обозначенным критериям. Кроме того, записи смарт-контрактов, реализуемых посредством блокчейн-технологии, также отвечают более узкому понятию «электронная передаваемая запись», установленному в Законе 2017 г. (ст. 2, ст. 10). Она является электронной записью, приравниваемой к использованию оборотного документа или инструмента, если соответствует ряду требований — во-первых, содержит информацию, которая потребуется в оборотном документе или инструменте.



Во-вторых, используется надежный метод, который позволяет: а) идентифицировать эту электронную запись как электронную передаваемую запись, б) придать этой электронной записи такой характер, благодаря которому она может быть объектом контроля с момента ее создания до момента утраты ею силы или действительности, в) сохранять целостность этой электронной передаваемой записи. Особенно интересно в обозначенном контексте условие, по которому оценивается целостность электронной передаваемой записи. Таким условием является сохранение информации, содержащейся в электронной передаваемой записи, включая любое санкционированное изменение, происходящее с момента ее создания до момента утраты ею силы или действительности, в полном и неизменном виде, за исключением любого изменения, происходящего в обычном процессе передачи, хранения и демонстрации.

Отдельный интерес имеют положения Закона 2017 г., которыми устанавливается принцип недискриминация иностранных электронных передаваемых записей (ст. 19). Электронная передаваемая запись не может быть лишена юридической силы, действительности или исковой давности на том лишь основании, что она была осуществлена или использовалась за рубежом. В то же время Типовой Закон не содержит коллизионных норм. Так, в ч. 2 ст. 19 прямо установлено, что Закон не затрагивает применения норм международного частного права, регулирующих оборотные документы или инструменты, реализуемые посредством электронных передаваемых записей. Это свидетельствует об актуальности и внутригосударственном формате решения вопроса о праве, применимом к электронным передаваемым записям.

Исходя из анализа рассмотренных положений, целей и смысла Закона 2017 г., заключим, что использование блокчейн-технологии может и должно считаться надежным методом идентификации субъекта отношений с использованием электронных передаваемых записей, указания намерения этого лица в отношении информации, содержащейся в электронной передаваемой записи, определения времени и места оставления записи. Имплементация Закона 2017 г. в национальное законодательство государств способом, не исключающим возможность использования блокчейн-технологии будет способствовать внедрению технологии в различные сферы отношений и способствовать эффективной замене рукописных документов электронными передаваемыми записями [Takahashi K., 2016: 211]. Закон 2017 г. устанавливает ряд требований к электронным записям и электронным передаваемым записям, которые обычно соблюдаются при использовании блокчейн-технологий, в частности, трансграничных смарт-контрактов, и соблюдение которых является отличительной особенностью и преимуществом использования блокчейн-технологий для реализации частноправовых отношений (в

том числе трансграничных). Таким образом, Закон ориентирован на регламентацию и распространение блокчейн-технологий как во внутригосударственных, так и в трансграничных частноправовых отношениях.

### **3. Концепция коллизионно-правового регулирования трансграничных отношений, реализуемых с использованием блокчейн-технологии**

Использование блокчейн-технологий в трансграничных отношениях, упрощающее и ускоряющее взаимодействие субъектов частноправовых отношений, небезосновательно порождает и коллизионно-правовой вопрос. Действительно, встает вопрос о применимости обычной коллизионной привязки к отношениям, реализуемым с использованием блокчейн-технологии. Само использование блокчейн-технологии может осложнить отношения иностранным элементом, например, когда субъекты из одного государства вступают в отношения с использованием иностранного блокчейн-сервиса. Тогда встает вопрос о возможном самостоятельном специальном коллизионно-правовом регулировании отношений с использованием блокчейн-технологий.

В зарубежной доктрине выделяют особый правопорядок *lex cryptographia*<sup>20</sup>. Отмечается, что возможность децентрализации способа хранения данных и управления информацией потенциально может привести к снижению роли одного из наиболее важных регулирующих субъектов в обществе — посредника. Блокчейн-технология позволяет разрабатывать новые системы управления с более демократичным процессом принятия решений, предполагающим вовлечение всех участников системы. Также используются децентрализованные (автономные) организации, могущие функционировать через сеть компьютеров без вмешательства человека. Блокчейн-технология направлена тем самым на смещение баланса регулирования от централизованных способов, осуществляемых государством, в сторону децентрализованных, осуществляемых самими субъектами отношений в области коммуникаций и реализующих, по сути, саморегулирование в различных областях коммуникации, бизнеса, политики и права.

Распространение таких децентрализованных технологий приведет к возникновению и развитию новой разновидности правопорядка — *lex cryptographia*, предполагающего, что отношения, реализуемые с помощью технологии, управляются и регулируются через самоисполнимые смарт-контракты и децентрализованные (автономные) организации. По мере развития блок-

---

<sup>20</sup> Wright A., De Filippi P. Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2580664](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664) (дата обращения: 30-10-2018)

чейн-технологий органы государственной власти, осуществляющие централизованное регулирование, могут утратить способность контролировать и регламентировать деятельность разобщенных субъектов с помощью существующих средств. В результате возрастает потребность в разработке механизмов, эффективно регулирующих блокчейн-технологии, деятельность децентрализованных сообществ, организаций. Такое регулирование необходимо сопоставить и с действующим правовым полем и иными правовыми порядками.

В обозначенном контексте в зарубежной доктрине в историческом аспекте сопоставляется саморегулирование в криптосфере уже известным и сформировавшимся правовым порядкам *lex mercatoria* и *lex informatica*<sup>21</sup>. Концепция *lex mercatoria* как свод торговых обыкновений (квази-правовых норм) развивалась из права европейских купцов, расширявших торговые сети в Средние века, и представляет собой «мягкое» международное торговое право, формируемое международными организациями, корпоративным сообществом и зачастую признаваемое и воспринятое государственными правовыми системами. *Lex mercatoria* не является источником права по определению, но государства могут санкционировать соответствующие правила, придавая им силу санкционированного обычая торгового оборота, который является источником права. В то же время, даже не являясь источником права, правила *lex mercatoria* при волеизъявлении участников отношений могут регулировать договорные отношения в рамках свободы волеизъявления и с учетом принципа диспозитивности гражданского права. Применение *lex mercatoria* к трансграничным коммерческим отношениям зачастую осуществляется и международными коммерческими арбитражными судами, которые рассматривают споры на основе тех или иных несанкционированных государством принципов и правил регулирования коммерческих отношений (например, законодательство Нидерландов одним из первых допустило возможность выбора сторонами для разрешения спора *lex mercatoria* в официальных разъяснениях к арбитражному законодательству) [Панасенко М.А., 2001: 5]. Таким образом, *lex cryptographia* условно можно считать частью *lex mercatoria* в случаях, когда посредством технологии реализуются именно коммерческие отношения.

Что касается *lex informatica*, то это правовой порядок, близкий по содержанию *lex cryptographia*, и представляющий собой свод правил, регулирующих отношения, реализуемые в информационно-коммуникационных сетях, и прежде всего в Интернете. Концепция *lex informatica* зарождалась вместе с развитием и популяризацией использования Интернета.

<sup>21</sup> Danaher J. Blockchains and the Emergence of a Lex Cryptographia. Available at: <http://philosophicaldisquisitions.blogspot.com/2016/04/blockchains-and-emergence-of-lex.html> (дата обращения: 30-10-2018)

Интернет-пользователи вырабатывают собственные стандарты, опираясь в основном на диспозитивные договорные методы регулирования, а также на лицензионные соглашения с конечными пользователями (когда речь идет о правах интеллектуальной собственности). Поскольку Интернет не локализуется в какой-либо государственной или национальной правовой системе, эти общепринятые нормы часто игнорируют или заменяют правовые нормы того или иного государства. Данные процессы привели к тому, что национальные и международные правовые нормы стали учитывать специфику отношений, реализуемых в Интернете, и положения *lex informatica*<sup>22</sup>.

Если говорить о соотношении *lex informatica* и *lex cryptographia*, то стоит отметить, что это схожие по принципу формирования правопорядки. Разница заключается в том, что в глобальном децентрализованном рынке *lex informatica* будет регулировать отношения, сводящиеся, в частности, к опубликованию в Интернете предложения к продаже товара или об оказании той или иной услуги (например, регулирование частноправовых отношений в рамках деятельности электронной торговой площадки E-Bay). *Lex cryptographia*, в свою очередь, вместо списков покупателей и продавцов, товаров и услуг публикуют смарт-контракты. Смарт-контракт кодирует все соответствующие идентификационные и платежные реквизиты, поэтому сам рынок служит только для покупателей и продавцов<sup>23</sup>, которые его формируют в рамках определенной технологии с использованием криптоактивов.

В то же время подход *lex cryptographia* выглядит узким и сводящим всю суть технологии прежде всего к соблюдению конфиденциальности, к обороту криптоактивов, т.е. к «благу», ради которого и создается такая технология. Правопорядок вокруг такого блага и обеспечения его конфиденциальности сформирован быть не может. Саморегулирование, на наш взгляд, происходит посредством функционирования системы распределенных реестров, направленной на упорядочивание широкого, открытого круга отношений. Именно в рамках деятельности внутри распределенного реестра и посредством такого распределенного реестра, как блокчейн-технология создается саморегулирование тех или иных отношений, не нуждающееся в механизмах специальной государственной регламентации. Такая саморегулируемая система создает реестровый правопорядок, который может быть обозначен как *lex registrum* (от лат. *registrum* — реестр) и который можно рассматривать и как разновидность *lex mercatoria* (когда блокчейн-технология используется для реализации коммерческих отношений, в частности, посредством смарт-контрактов), и как аналогичный *lex mercatoria* как негосударственно-

---

<sup>22</sup> Danaher J. (2016) Op. cit.

<sup>23</sup> Lex Cryptographia. Available at: <http://bitcoinism.blogspot.com/2013/12/lex-cryptographia.html> (дата обращения: 30-10-2018)

му правопорядку самостоятельный свод правил, устанавливаемых внутри распределенного реестра, и регулирующий отношения, реализуемые в нем. Функционирование такого правопорядка и его жизненный цикл зависят от механизмов надежности, безопасности записей, осуществляемых в реестре, средств идентификация субъектов отношений, реализуемых посредством реестра. В качестве эффективных обозначенных «механизмов надежности» могут быть предложены рассмотренные выше механизмы Типового закона 2017 г.

В обозначенном контексте трудно переоценить важнейшую роль ЮНСИТРАЛ в формировании *lex registrum*. Как было отмечено выше, Закон 2017 г. распространяется и на трансграничные отношения, реализуемые посредством электронных передаваемых записей, в частности, блокчейн-технологий. Однако помимо признания «иностраных» электронных передаваемых записей, Закон не содержит отдельных положений, касающихся трансграничных отношений с использованием электронных передаваемых записей, равно как и не содержит собственно коллизионных норм, которые регулировали бы выбор права, применимого к трансграничным отношениям с использованием электронных передаваемых записей, в частности, отношений внутри распределенного реестра.

Таким образом, трансграничные частноправовые отношения, реализуемые посредством блокчейн-технологии, могут и должны на современном этапе своего развития быть урегулированы системой правил, установленных сообществом участников отношений в рамках реализации тех или иных трансграничных частноправовых отношений посредством блокчейн-технологии. Общие для всех участников системы правила *lex registrum* условно преодолевают действия государственных правовых норм, выбор которых осуществлялся бы в зависимости от характера правоотношения на основании соответствующей коллизионной нормы страны суда. Правила определяются субъектами и обеспечиваются самой технологией.

В то же время встает вопрос, может ли реализация трансграничных отношений с помощью блокчейн-технологии сводиться к нарушению императивных норм или противоречить публичному порядку того или иного государства. Действительно, действие императивных национальных норм того или иного государства неоспоримо. Механизм публичного порядка, оговорки о публичном порядке является действующим механизмом современного международного частного права государств. На примере России отметим, что под публичным порядком в судебной практике (за неимением нормативного определения) понимаются установленные государством основополагающие нормы об экономическом и социальном устройстве общества, главные устои основ правопорядка, закрепленные Конституци-

ей и федеральным законодательством<sup>24</sup>; фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу экономической, политической, правовой системы государства<sup>25</sup>.

В то же время данные механизмы используются в случаях применения к частноправовым отношениям права соответствующего государства. Если трансграничные отношения реализуются посредством блокчейн-технологии, то они могут затрагивать правопорядки нескольких государств, когда участниками этих отношений являются граждане или юридические лица из разных государств или сами отношения через объект или юридический факт затрагивают юрисдикции нескольких государств (например, реализуемый через смарт-контракты оборот имущества, находящегося в разных странах). Таким образом, в любом случае трансграничные частноправовые отношения, реализуемые посредством блокчейн-технологии, будут порождать права и обязанности, иметь правовые последствия по праву той или иной страны, выбранной судом в качестве применимого. Национальные суды, применяя то или иное национальное право, выбранное по общим коллизионным правилам, применимым к соответствующим отношениям, могут и должны признавать *lex registrum* в качестве правопорядка, регулирующего частноправовые отношения (в частности, форму договору, установление факта волеизъявления субъекта частноправовых отношений) за исключением случаев непосредственного противоречия использования того или иного элемента блокчейн-технологии публичному порядку.

Как видим, само по себе использование блокчейн-технологии для реализации частноправовых отношений, формируемых и признаваемых саморегулируемым сообществом субъектов таких отношений, не должно противоречить публичному порядку. Однако если с помощью технологии реализуются отношения, подрывающие основы публичного порядка, такие отношения признаваться не будут. Примером такого подхода к рассматриваемому вопросу, в свою очередь, может служить использование и оборот криптовалют, реализуемые посредством блокчейн-технологии. Если субъекты отношений рассматривают и используют криптовалюту, например, как средство платежа, которым она не является по законодательству той или иной страны, такой платеж (законно совершенный по законодательству другой страны) может быть признан недействительным судом, применяющим иностранное право, на основании противоречия публичному порядку.

---

<sup>24</sup> Определение Верховного суда Российской Федерации №91-Г08-6 от 19.08.2008 // СПС Консультант Плюс.

<sup>25</sup> Информационное письмо Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 26.02.2013 № 156 // СПС Консультант Плюс.

## Заключение

*Lex registrum* является формирующимся казуальным правопорядком, который может быть выбран сторонами частнопрововых отношений, используемыми для их реализации блокчейн-технологии, и влияющими на основе принципа равенства субъектов на развитие и качественное изменение такого правопорядка. *Lex registrum* не является абсолютно универсальным правопорядком. В каждом случае реализации блокчейн-технологии, потенциал которой до сих пор окончательно не раскрыт, в зависимости от групп отношений, на реализацию которых направлена технология, могут формироваться специальные стандарты регулирования (например, внутререестровый правопорядок смарт-контракта, расчетов с использованием криптовалюты).

При этом общие коллизионные нормы, применяемые судом для отыскания компетентного правопорядка с учетом соответствующего статута отношения (например, вещный статут, интеллектуальный статут), на данном этапе развития регулирования блокчейн-технологии невозможно заменить на *lex registrum*. В обозначенном контексте *lex registrum* лишь вписывается в диспозитивные рамки *lex voluntatis*, а также права, избранного на основании иных коллизионных привязок. При этом, опять же на данном этапе развития технологий, целесообразно придерживаться принципа технологической нейтральности и не воспринимать влияние характеристик самой блокчейн-технологии (место создания блокчейн-технологии, страну сервера и т.д.), которые не должны влиять на определение права страны, наиболее тесно связанное с отношением, и не могут свидетельствовать о такой связи.

Анализ возможного использования блокчейн-технологий в трансграничных отношениях в сфере охраны интеллектуальной собственности позволяет заключить, что блокчейн-технологии уже активно применяются в мире для охраны объектов интеллектуальной собственности. Их использование применительно к охране объектов промышленной собственности не подменяет государственной регистрации (когда она обязательна), но служит дополнительным механизмом фиксации информации и доказательства обстоятельств, имеющих важное значение как при осуществлении государственной регистрации того или иного объекта, так и для его охраны при дальнейшем использовании. В мировой практике прослеживается и обратная тенденция, когда компании пытаются использовать инструменты патентования для охраны блокчейн-технологий, т.е. запатентовать свою блокчейн-технологии, что свидетельствует о комплексной взаимосвязи блокчейн-технологий с интеллектуальной собственностью.



## Библиография

Панасенко М.А. Возможность выбора ненационального права: *lex mercatoria*. Белорусский журнал международного права и международных отношений. 2001, № 3. URL: <http://evolutio.info/ru/beljournal/2001-3/2001-3-panasenko> (дата обращения: 30-10-2018)

Рузакова О.А., Гринь Е.С. Применение технологии blockchain к систематизации результатов интеллектуальной деятельности. Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2017, № 38. С. 511.

Bayón P. Key Legal Issues Surrounding Smart Contract Applications. *KLRI Journal of Law and Legislation*, 2019, no 1, p. 68.

Bodó B., Gervais D., Quintais J. Blockchain and smart contracts: the missing link in copy-right licensing? *International Journal of Law and Information Technology*, 2018, issue 4, pp. 319–320.

Casinoa F., Dasaklisb T., Patsakis C. A systematic literature review of blockchain-based applications: current status, classification and open issues. *Telematics and Informatics*, 2019, vol. 36, p. 63.

Chaudhry I. The Patentability of Blockchain Technology and the Future of Innovation. *Landslide*, 2018, no 4. Available at: [https://www.americanbar.org/groups/intellectual\\_property\\_law/publications/landslide/2017-18/march-april/patentability-blockchain-technology-future-innovation/](https://www.americanbar.org/groups/intellectual_property_law/publications/landslide/2017-18/march-april/patentability-blockchain-technology-future-innovation/) (дата обращения: 17-12-2019)

Collen B. et al. INTA Emerging Issues-New Emerging Issues Subcommittee. Applications of Blockchain Technology to Trademark Protection, Enforcement, and Practice. *INTA Bulletin*, 2018, no 12. <https://www.inta.org/INTABulletin/Pages/ApplicationsofBlockchainTechnologytoTrademarkProtection7312.aspx> (дата обращения: 30-10-2018)

Drobyszko S. et al. Ethical, Technological and Patent Aspects of Technology Blockchain Distribution. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 2019, no 2. Available at: <https://www.abacademies.org/articles/ethical-technological-and-patent-aspects-of-technology-blockchain-distribution-8434.html> (дата обращения 17-12-2019)

Gatto J. Patent Strategies for Cryptocurrencies and Blockchain Technology. *The National Law Review*, 17/01/2018. Available at: <https://www.natlawreview.com/article/patent-strategies-cryptocurrencies-and-blockchain-technology> (дата обращения: 12-11-2018)

Guomin L., Shengmian Z. Functional-Equivalent Approach in UNCITRAL Electronic Commerce Legislation. 2nd International conference on management, education and social science. *Social Science, Education and Humanities Research*, 2018, vol. 176, p. 1543.

Sun H., Wang X., Wang X. Application of Blockchain Technology in Online Education. *International Journal of Emerging Technologies in Learning*, 2018, no 10. <https://online-journals.org/index.php/i-jet/article/view/9455> (дата обращения: 30-10-2018)

Takahashi K. Blockchain technology and electronic bills of lading. *The journal of international maritime law*, 2016, vol. 22, issue 3, p. 211.

Tsai W. et al. Intellectual-property blockchain-based protection model for microfilms. *Proceedings of 11th IEEE International symposium on service-oriented system engineering, SOSE*, 2017, p. 174.

Zeilinger M. Digital art as 'monetised graphics': enforcing intellectual property on the blockchain. *Philosophy and Technology*, 2018, issue 1, p. 5.



Zhang N., Zhong S., Tian L. Using Blockchain to Protect Personal Privacy in the Scenario of Online Taxi-hailing. International journal of computers communications & control, 2017, no 6, p. 886.

---

## Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 5

### Complex Interconnection of Blockchain Technology and Intellectual Property in Cross-border Private Law Relations



**Beniamin Shakhnazarov**

Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russia. E-mail: Ben\_raf@mail.ru



#### **Abstract**

With development of cross-border private relations in the digital space, use of blockchain technologies can also become a means of protecting rights of intellectual property. Blockchain ledger can serve as an evidentiary base of originality, novelty of the object of intellectual property, confirmation of the primary right of ownership and thus be a means of protecting and using intellectual rights simultaneously in several states. That technology can be used by developers of patentable objects, trade secrets, by creating a digital record confirming ownership, existence and integrity of an object, or part of the patent information on a specific date. Use of that technology is also relevant in the context of a trademark protection system in cross-border relations and can be implemented to provide trademark holders with safe means of proving the first and continuous use of the corresponding designation. Copyright holders have opportunity to create an evidence base in the blockchain-ledger, confirming their personal non-property, as well as exclusive rights, by depositing them in electronic form and ordering. Blockchain-registry also provides fixation of the transfer of exclusive rights. In world practice, there is a reverse trend of using patenting tools to protect technologies mentioned. The processes of harmonization of relations implemented by that technology also occur. The UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records of 2017 is being considered. The record in the blockchain-ledger can be such an electronic transferable record, since it satisfies criteria of the Model law. Use of blockchain technologies in cross-border relations, which simplifies and accelerates the interaction of subjects, also gives rise to a conflict of law issues. A blockchain-ledger can be considered as a self-regulating system operating on the basis of registry order, which can be designated as *Lex Registrum*. It seems to be an emerging casual law order that can be selected by parties to private relationships using that technology to implement them. *Lex Registrum* is not absolutely universal law order. In each case, the implementation of technology mentioned, potential of which is not fully disclosed, can form regulatory standards. However, the general conflict of laws rules applied by court to find a competent law and order, taking into account the relevant statute of the relationship (for example, real statute, intellectual statute) at this stage of development of technology regulation cannot be replaced with *Lex Registrum*.



## Keywords

blockchain technology; blockchain ledger; industrial property objects; copyright objects; cross-border relations; applicable law; *Lex Registrum*; self-regulation.

**Acknowledgments:** The study is fulfilled as part of the project No 0018-011-00883 From Definition of State Jurisdiction to On-Line Settlement of Disputes, Russian Foundation of Fundamental Studies.

**For citation:** Shakhnazarov B.A. (2019) Complex Interconnection of Blockchain Technology and Intellectual Property in Cross-Border Private Law Relations. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 5, pp. 121–147 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.121.147



## References

Bayón P. (2019) Key Legal Issues Surrounding Smart Contract Applications. *KLRI Journal of Law and Legislation*, no 1, p. 68.

Bodó B., Gervais D., Quintais J. (2018) Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing? *International Journal of Law and Information Technology*, issue 4, pp. 319–320.

Casinoa F., Dasaklis T., Patsakis C. (2019) A systematic literature review of blockchain-based applications: current status, classification and open issues. *Telematics and Informatics*, vol. 36, p. 63.

Chaudhry I. (2018) The Patentability of Blockchain Technology and the Future of Innovation. *Landslide*, no 4 Available at: [https://www.americanbar.org/groups/intellectual\\_property\\_law/publications/landslide/2017-18/march-april/patentability-blockchain-technology-future-innovation/](https://www.americanbar.org/groups/intellectual_property_law/publications/landslide/2017-18/march-april/patentability-blockchain-technology-future-innovation/) (accessed: 17-12-2019)

Collen B. et al. (2018) INTA Emerging Issues-New Emerging Issues Subcommittee. Applications of Blockchain Technology to Trademark Protection, Enforcement, and Practice. *INTA Bulletin*, 2018, no 12. Available at: <https://www.inta.org/INTABulletin/Pages/ApplicationsofBlockchainTechnologytoTrademarkProtection7312.aspx> (accessed: 30-10-2018)

Drobyazko S. et al. (2019) Ethical, Technological and Patent Aspects of Technology Blockchain Distribution. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, no 2. Available at: <https://www.abacademies.org/articles/ethical-technological-and-patent-aspects-of-technology-blockchain-distribution-8434.html> (accessed: 17-12-2019)

Gatto J. (2018) Patent Strategies for Cryptocurrencies and Blockchain Technology. *The National Law Review*, 17.01. Available at: <https://www.natlawreview.com/article/patent-strategies-cryptocurrencies-and-blockchain-technology> (accessed: 12-11-2018)

Guomin L., Shengmian Z. (2018) Functional-Equivalent Approach in UNCITRAL Electronic Commerce Legislation. *Social Science, Education and Humanities Research*, vol. 176, p. 1543.

Panasenko M.A. (2001) Preferring non-national law *lex mercatoria*. *Beloruskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava i mezhdunarodnykh otnosheniy*, no 3. Available at: <http://evolutio.info/content/view/441/52/> (accessed: 30.10.2018) (in Russian)

Ruzakova O.A., Grin' E.C. (2017) Using blockchain in systematization of fruits of intellectual labor. *Vestnik Permskogo Universiteta*, no 38, p. 511.

Sun H., Wang X., Wang X. (2018) Application of Blockchain Technology in Online Education. *International Journal of Emerging Technologies in Learning*, no 10. Available at: <https://online-journals.org/index.php/i-jet/article/view/9455> (accessed: 30-10-2018)

Takahashi K. (2016) Blockchain technology and electronic bills of lading. *The journal of international maritime law*, 2016, issue 3, p. 211.

Tsai W. et al. (2017) Intellectual-property blockchain-based protection model for microfilms. *Proceedings of 11th IEEE International symposium on service-oriented system engineering, SOSE, 2017*, p. 174.

Zeilinger M. (2018) Digital art as ‘monetised graphics’: enforcing intellectual property on the blockchain. *Philosophy and Technology*, issue 1, p. 5.

Zhang N., Zhong S., Tian L. (2017) Using Blockchain to Protect Personal Privacy in the Scenario of Online Taxi-hailing. *International journal of computers communications & control*, no 6, p. 886.

# Регулирование участия работников в управлении организациями на уровне отраслевых соглашений

---

 **С.О. Казаков**

Старший преподаватель, департамент общих и межотраслевых юридических дисциплин факультета права, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: sokazakov@hse.ru

---

## **Аннотация**

Статья посвящена проблемам коллективно-договорного регулирования участия работников в управлении организациями на уровне отраслевых соглашений. В современной российской науке трудового права данная тема остается практически не изученной. Методологическую основу работы составили общенаучные и специальные методы, в том числе формально-логический, аналитический, сравнительно-правовой, исторический. К основным целям исследования относятся оценка эффективности коллективно-договорного регулирования участия работников в управлении и разработка предложений, направленных на совершенствование законодательства. Критически оценивается применяемый в трудовом законодательстве подход, при котором реализация большинства прав работников в сфере участия в управлении возможна лишь если процедуры взаимодействия социальных партнеров регламентированы соглашениями, коллективными договорами и локальными нормативными актами. При этом лишь в некоторых секторах и отраслях экономики, таких, как добывающая и обрабатывающая промышленность, транспорт, автомобилестроение, акты социального партнерства решают данную проблему. Кроме того, отсутствие согласованности между нормами трудового и гражданского законодательства также затрудняют реализацию работниками их прав на участие в управление организацией. В связи с этим предлагается внести в гражданское и трудовое законодательство необходимые изменения. В статье отмечается, что советское трудовое законодательство 1970-х–1980-х гг. (как и современное трудовое право ряда европейских стран) обязывало администрацию предприятий, организаций и учреждений принимать важнейшие локальные нормативные акты совместно с работниками. Современное российское трудовое законодательство предусматривает два способа участия работников в принятии локальных нормативных актов — посредством процедуры учета мнения представительного органа работников или путем согласования. Однако второй способ применяется лишь при прямом указании на него в коллективных договорах и соглашениях, при этом отсутствие координации между уровнями коллективно-договорного регулирования затрудняет его использование. В заключении сделан акцент на проблеме декларативности большинства прав работников в сфере участия в управлении организацией и необходимости достижения баланса государственного и договорного методов регулирования данной группы общественных отношений.

---



## Ключевые слова

выборный орган первичной профсоюзной организации, коллективно-договорное регулирование, коллегиальные органы юридического лица, локальный нормативный акт, отраслевое соглашение, учет мнения представительного органа работников, форма социального партнерства, производственный совет, участие работников в управлении.

**Благодарности:** статья подготовлена с использованием справочно-поисковой системы Консультант Плюс.

**Для цитирования:** Казаков С.О. Регулирование участия работников в управлении организациями на уровне отраслевых соглашений // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 148–166.

УДК: 349.2

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.148.166

## Введение. Постановка проблемы

Участие работников в управлении организацией — одна из четырех основных форм социального партнерства, указанных в ст. 27 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ, ТК). Однако правовому регулированию данной формы в российском законодательстве уделено несравненно меньше внимания, чем участию представителей работников и работодателей в разрешении трудовых споров и коллективным переговорам по заключению коллективных договоров и соглашений.

Основу правового регулирования участия работников в управлении организацией составляет глава 8 ТК РФ, состоящая всего из трех статей, а также ст. 8, 371, 372, 373 ТК РФ и ряд иных норм Кодекса, в которых указаны случаи принятия работодателем локальных нормативных актов (далее — ЛНА) с учетом мнения представительного органа работников. В ст. 53 ТК перечислены формы участия работников в управлении организацией, однако этот перечень не является исчерпывающим, так как норма данной статьи предусматривает возможность участия работников в управлении в иных формах, предусмотренных ТК, иными федеральными законами, а также коллективными договорами, соглашениями, учредительными документами организаций и ЛНА.

Нормативные правовые акты субъектов федерации и органов местного самоуправления не указаны среди источников трудового права, которые могут вводить дополнительные способы участия работников в управлении организацией. Причина такого подхода не вполне ясна, так как для муниципальных унитарных предприятий и государственных унитарных предприятий, учрежденных субъектами федерации, было бы целесообразно разрабатывать дополнительные формы участия работников в управлении с учетом местных и региональных особенностей социально-экономического развития и финансовых возможностей бюджетов соответствующих уровней.

Вопрос о выделении дополнительных форм участия работников в управлении организацией однозначного решения в науке российского трудового права не имеет. Так, по мнению А.Ф. Нуртдиновой, к иным формам участия работников в управлении относятся: 1) «создание и деятельность комитетов (комиссий) по охране труда (ст. 218 ТК РФ); 2) создание и деятельность производственного совета (ч. 1 ст. 22 ТК РФ)»<sup>1</sup>.

Однако данное утверждение верно лишь в отношении первого пункта, так как деятельность российских производственных советов не основывается на принципах социального партнерства. Эти органы создаются самим работодателем в его интересах, поэтому вполне закономерно, что положение о производственном совете находится не в разделе II ТК, посвященном социальному партнерству, а в ч. 1 ст. 22 ТК, содержащей перечень основных прав работодателя.

Изменения, внесенные в ст. 22 ТК РФ Федеральным законом от 07.05.2013 № 95-ФЗ, наделили работодателей полномочиями учреждать производственные советы. При этом решение о создании производственного совета принимается работодателем единолично, инициативы работников не требуется. Полномочия, состав, порядок деятельности производственного совета и иные существенные вопросы определяются ЛНА, который согласно рассматриваемой статье ТК РФ принимается работодателем без учета мнения представительного органа работников (разумеется, если стороны социального партнерства в коллективном договоре или соглашении не укажут иного). Российский производственный совет (в отличие от органов с тем же названием, осуществляющих деятельность в организациях и на предприятиях европейских стран) является органом работодателя, а не работников, он создается работодателем для решения производственных и технологических задач. На российские производственные советы не возлагаются функции защиты и представительства интересов работников, а также полномочия органов управления организацией. Но даже в рамках незначительных полномочий, которыми может наделяться производственный совет, он остается всего лишь совещательным органом и окончательных решений принимать не вправе.

К указанным дополнительным формам участия работников в управлении организацией можно добавить еще одну, предусмотренную не трудовым, а гражданским законодательством, — акционирование работников. Так, согласно п. 2 ст. 35 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах», «уставом общества может быть предусмотрено формирование из чистой прибыли специального фонда акционирования работников общества. Его средства расходуются исключительно на приобретение акций

---

<sup>1</sup> Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / отв. ред. Ю.П. Орловский. М., 2017 // СПС Консультант Плюс.

общества, продаваемых акционерами этого общества, для последующего размещения его работникам»<sup>2</sup>. Особенность акционирования как формы участия работниками в управлении организацией состоит в том, что работники входят в состав общего собрания акционеров, являющегося высшим органом управления общества, и становятся участниками корпоративных отношений.

В соответствии с п. 1 ст. 48 ФЗ «Об акционерных обществах» к компетенции общего собрания акционеров относятся такие вопросы, как избрание и досрочное прекращение полномочий членов совета директоров (наблюдательного совета) общества, членов ревизионной комиссии общества, а также, если иное не предусмотрено уставом, — образование и досрочное прекращение полномочий исполнительных органов общества. В связи с этим работники-акционеры получают право участвовать в принятии ключевых решений организации, являющейся их работодателем, а также в формировании органов управления общества и контроле за их деятельностью.

Однако ни трудовое, ни гражданское законодательство не предусматривают полномочий представительного органа работников на участие во внесении изменений в устав акционерного общества, являющегося их работодателем. При этом из буквального толкования нормы п. 2 ст. 35 ФЗ «Об акционерных обществах» следует, что возможность образования специального фонда акционирования работников не может быть предусмотрена иными источниками права локального уровня, кроме устава акционерного общества, поэтому внесение соответствующего положения в коллективный договор ранее изменения устава недопустимо.

## **1. Понятие и значение коллективно-договорного регулирования участия работников в управлении организациями**

Если законодательная регламентация участия работников в управлении организацией хотя бы фрагментарно исследовалась российскими учеными, то коллективно-договорное регулирование данной формы социального партнерства остается практически неизученной сферой. Прежде всего необходимо определить значение термина «коллективно-договорное регулирование».

С.П. Казарцев понимает под «коллективно-договорным регулированием трудовых отношений» «форму реализации принципов социального партнерства в социально-трудовой сфере, предполагающей проведение коллективных переговоров и заключение соглашений и коллективных договоров по вопросам труда между сторонами социального партнерства на всех уровнях управления» [Казарцев С.П., 2012: 23]. С данным определением в целом

<sup>2</sup> СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

можно согласиться, но оно нуждается в уточнении. Коллективные договоры и соглашения в сфере социального партнерства регулируют не только собственно трудовые отношения, но и иные непосредственно связанные с ними отношения, составляющие предмет трудового права (включая участие работников в управлении организациями), а также вопросы, выходящие за пределы данной отрасли (соблюдение интересов работников при приватизации государственного и муниципального имущества, обеспечение экологической безопасности (ст. 41 ТК РФ), дополнительное пенсионное страхование (ст. 46) .

М.В. Лушникова выделяет следующие способы установления прав и обязанностей субъектов трудового права: законодательный, коллективно-договорный, локальный и индивидуально-договорный [Лушникова М.В., 2013: 2–6]. И.Я. Киселев отождествлял законодательный метод регулирования с авторитарным, а остальные способы регулирования относил к автономному методу [Киселев И.Я., Лушников А.М., 2011: 85–86]. Данная позиция спорна, так как принятие локальных нормативных актов работодателем как субъектом, наделенным властью по отношению к работникам, также является проявлением авторитарного метода правового регулирования, но лишь в том случае, если не было учета мнения представительного органа работников или согласования. Принятие ЛНА при участии представительного органа работников, а также заключение коллективных договоров и соглашений следует рассматривать как разновидности социально-партнерского регулирования.

Оценивая значение социально-партнерского регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений в странах Западной Европы, британский ученый О. Кан-Фройнд отмечал, что «по сфере действия и социальному значению все законодательство было и остается дополнением к коллективному договору» [Усенин В.И., 1968: 100]. Несмотря на то, что в доктрине советского трудового права концепция социального партнерства официально отвергалась, коллективно-договорный метод правового регулирования в СССР с конца 1950-х гг. фактически применялся. Так, В.С. Андреев в середине 1960-х гг. обращал внимание на то, что метод трудового права — это «участие рабочих и служащих через свои общественные организации — профсоюзы — в регулировании трудовых отношений и других тесно связанных с ними отношений» [Андреев В.С., 1965: 14–15].

В современной российской системе социального партнерства коллективные договоры и соглашения играют вспомогательную роль и вторичны по отношению к нормативным правовым актам. Как отмечают С.П. Казарцев [Казарцев С.П., 2012: 22–24] и И.А. Глотова [Глотова И.А., 2013: 5–8], коллективные договоры повышают гарантии трудовых прав работников и конкретизируют положения нормативных правовых актов с учетом организацион-



ных, финансовых и иных условий организаций. Применительно к участию работников в управлении проблема стоит особенно остро, так как трудовое законодательство не регламентирует механизмы реализации большинства прав работников в этой сфере, в связи с чем пробелы правового регулирования могут быть восполнены только за счет соглашений, коллективных договоров и локальных нормативных актов.

Отметим также, что социально-партнерское регулирование участия работников в управлении организацией в каждой отрасли экономики имеет специфику, а его действенность зависит от доходности соответствующей отрасли, степени государственного участия и активности профсоюзов. Наиболее прогрессивные отраслевые соглашения, существенно расширяющие права и гарантии работников, заключаются в нефтегазовом комплексе, атомной промышленности, электроэнергетике, машиностроении и транспортной сфере.

## **2. Участие работников в разработке и принятии локальных нормативных актов**

Полноценное участие работников в управлении возможно лишь в тех организациях, где работники оказывают влияние на разработку и принятие локальных нормативных актов. В ст. 8 ТК РФ указано два основных способа участия работников в принятии ЛНА: 1) учет мнения представительного органа работников; 2) принятие локальных нормативных актов по согласованию с представительным органом работников.

Часть 1 статьи 53 ТК разграничивает такие процедуры, как учет мнения представительного органа работников и проведение представительным органом работников консультаций с работодателем по вопросам принятия локальных нормативных актов. Однако из буквального толкования ст. 372 ТК можно сделать вывод, что консультации является этапом учета мнения представительного органа работников. Трудовое законодательство как на федеральном, так и на региональном уровнях предусматривает различные формы и виды консультаций, однако упоминания о проведении сторонами социального партнерства на локальном уровне консультаций по вопросам принятия ЛНА вне процедуры учета мнения отсутствуют. В связи с этим оснований выделения консультаций по вопросам принятия ЛНА в качестве самостоятельного способа участия работников в управлении не усматривается.

Принятие ЛНА по согласованию с представительным органом работников предполагает право вето выборного органа первичной профсоюзной организации или иного представительного органа работников, что заставляет работодателя искать консенсус с работниками. В отличие от процедуры со-

гласования учет мнения предполагает обязанность работодателя запросить позицию представительного органа работников.

Если работодатель не соглашается с мнением органа работников, стороны проводят дополнительные консультации. При невозможности компромисса они оформляют протокол о разногласиях, но окончательное решение принимает работодатель. При этом по ст. 372 ТК представительный орган работников вправе обжаловать ЛНА в государственную инспекцию труда или в суд либо инициировать процедуру коллективного трудового спора в порядке, предусмотренном главой 61 ТК. Однако на практике выборные органы работников редко обжалуют ЛНА работодателей, поэтому учет мнения как форма участия работников в управлении организацией по своей правовой природе ближе к консультациям, чем к совместному принятию решений.

Учет мнения представительного органа работников можно рассматривать не только в качестве процедуры разработки проекта локального нормативного акта, но и одного из наиболее результативных способов участия работников в управлении организацией. В ТК РФ указано более 30 случаев учета мнения выборного органа первичной профсоюзной организации и мнения представительного органа работников (включая непрофсоюзные представительные органы). Из буквального толкования ч. 1 ст. 53 ТК следует, что случаи учета мнения не могут устанавливаться иными федеральными законами. При этом стороны социального партнерства вправе в коллективных договорах и соглашениях расширить перечень видов ЛНА, принимаемых с учетом мнения представительного органа работников. Случаев обязательного принятия работодателем ЛНА по согласованию с представительным органом работников ни ТК РФ, ни иные федеральные законы не содержат. Согласно ч. 3 ст. 8 ТК РФ данная процедура проводится, если это предусмотрено коллективным договором или соглашением.

Таким образом, взаимосвязанные диспозитивные нормы ТК РФ позволяют сторонам социального партнерства существенно расширить возможности влияния работников на принятие работодателем ЛНА. В то же время многие российские ученые сомневаются в эффективности коллективно-договорного регулирования участия работников в принятии ЛНА. Так, по мнению А.М. Куренного, расширение перечня вопросов, решаемых работодателем с учетом мнения выборного профсоюзного органа, не имеет смысла [Куренной А.М.: 2010]. Анализ отраслевых соглашений, заключенных на федеральном уровне, позволит определить, насколько активно стороны социального партнерства воспользовались возможностью расширения сферы участия в принятии ЛНА.

Согласно п. 12.4 действующего Отраслевого соглашения по организациям нефтяной, газовой отраслей промышленности и строительства объектов нефтегазового комплекса, «принятие решения о продаже, перепрофилиро-

вании или передаче в муниципальную собственность санаториев-профилакториев, баз отдыха, детских дошкольных учреждений и оздоровительных лагерей, учреждений культуры и спорта и других объектов социальной сферы производится работодателем с учетом мотивированного мнения выборных органов профсоюзной организации»<sup>3</sup>.

Как отмечает И.И.Бородин, формы участия работников в управлении организацией делятся на организационно-правовые и имущественные [Бородин И.И., 2007: 108]. Учет мнения представительного органа работников относится скорее к организационно-правовым, однако вышеуказанное положение Отраслевого соглашения существенно расширяет сферу применения учета мнения, распространяя ее также на отношения, связанные с управлением имуществом.

Некоторые отраслевые соглашения предусматривают обязанность работодателей учитывать мнение выборного органа первичной профсоюзной организации при принятии локальных нормативных актов, регламентирующих условия предоставления и размеры социальных гарантий, компенсаций и льгот, в том числе относящихся к сфере социального обеспечения. К примеру, пункт 8.2.2. нового Отраслевого соглашения по организациям железнодорожного транспорта содержит норму, согласно которой коллективными договорами или локальными нормативными актами Организаций, принимаемыми с учетом мнения выборного органа первичной организации Профсоюза, в стаж работы, дающей право на выплату единовременного поощрения за добросовестный труд при увольнении работников из Организации по собственному желанию в связи с уходом на пенсию впервые независимо от возраста, в том числе по инвалидности первой группы и второй группы, могут дополнительно включаться иные периоды трудовой деятельности, не предусмотренные законом и данным отраслевым соглашением<sup>4</sup>. Пункт 8.2.4 того же Отраслевого соглашения обязывает работодателей выплачивать работникам, ставшими инвалидами в результате несчастного случая на производстве, компенсацию морального вреда, размер которой должен определяться коллективным до-

---

<sup>3</sup> Отраслевое соглашение по организациям нефтяной, газовой отраслей промышленности и строительства объектов нефтегазового комплекса Российской Федерации на 2014–2016 годы (утв. Профсоюзом работников нефтяной, газовой отраслей промышленности и строительства, Наблюдательным советом Общероссийского объединения работодателей нефтяной и газовой промышленности 13.12.2013. Действие продлено до 31.12.2019 дополнительным соглашением 30.11.2016) // Солидарность. 2017. №7; Охрана и экономика труда. 2014. № 1.

<sup>4</sup> Отраслевое соглашение по организациям железнодорожного транспорта на 2020–2022 годы (утв. Российским профсоюзом железнодорожников и транспортных строителей, советом Общероссийского отраслевого объединения работодателей железнодорожного транспорта 30.08.2019. Зарегистрировано в Роструде 27.09.2019). Available at: URL: <https://rosmintrud.ru/docs/agreements/1308> (дата обращения: 18-12-2019)

говором или ЛНА, принятым с учетом мотивированного мнения выборного органа первичной организации профсоюза<sup>5</sup>.

В пп. 8.3.1–8.3.12 данного Отраслевого соглашения перечислены социальные гарантии, которые организации обязаны предоставить работникам, однако размер компенсаций, выплат, а также порядок предоставления льгот каждый работодатель определяет в ЛНА, принятом с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации. К данной группе льгот, компенсаций и гарантий относятся: медицинская помощь в негосударственных учреждениях здравоохранения ОАО «РЖД» и в иных учреждениях здравоохранения в рамках программ обязательного и добровольного медицинского страхования, доплаты к социальным пособиям, материальная помощь, а также повышенные размеры выходных пособий<sup>6</sup>.

В некоторых отраслевых соглашениях процедура учета мнения выборного органа первичной профсоюзной организации применяется для решения вопроса о выборе форм занятости работников. Согласно п. 8.3 Отраслевого соглашения по машиностроительному комплексу на 2014–2016 гг., продленного Соглашением от 20.06.2016 на период 2017–2019 гг., «применение нестандартных форм занятости на предприятиях работодателем осуществляется с учетом мнения соответствующего профсоюзного органа»<sup>7</sup>.

В советском трудовом праве 1970-х–1980-х гг. отсутствовала процедура учета мнения представительного органа работников. ЛНА принимались администрацией предприятий, учреждений и организаций совместно с профсоюзными комитетами, а с конца 1980-х гг. — еще и с советами трудовых коллективов (в этом проявлялся принцип демократического централизма, закрепленный в ст. 3 Закона СССР от 17.06.1983 «О трудовых коллективах и повышении их роли в управлении предприятиями, учреждениями, организациями»<sup>8</sup>). Согласно Кодексу законов о труде РСФСР 1971 г. (в ред. Указа Президиума Верховного Совета РСФСР от 05.02.1988) администрация совместно с выборным профсоюзным органом разрабатывала инструкции по охране труда (ст. 145). В силу ч. 2 ст. 5 КЗоТ РСФСР дополнительные тру-

---

<sup>5</sup> Там же.

<sup>6</sup> Там же.

<sup>7</sup> Отраслевое соглашение по машиностроительному комплексу Российской Федерации на 2014–2016 годы (утв. Ассоциацией машиностроительных профсоюзов России, Профсоюзом работников автомобильного и сельскохозяйственного машиностроения, Профсоюзом машиностроителей, Общественным объединением «Всероссийский Электропрофсоюз», Общероссийским отраслевым объединением работодателей «Союз машиностроителей России», в ред. Соглашения от 20.06.2016 о внесении изменений в Отраслевое соглашение по машиностроительному комплексу РФ на 2014–2016 годы и продлении срока его действия с учетом внесенных изменений на период 2017–2019 годов) // Солидарность. 2014. № 13.

<sup>8</sup> Закон СССР от 17.06.1983 «О трудовых коллективах и повышении их роли в управлении предприятиями, учреждениями, организациями» (ст. 1) // Ведомости ВС СССР. 1983. № 25. Ст. 382.

довые и социально-бытовые льготы для работников устанавливались администрацией предприятия совместно с советом трудового коллектива и соответствующим выборным профсоюзным органом.

В современном российском трудовом законодательстве учет мнения представительного органа как способ разработки и принятия ЛНА заменил совместное принятие ЛНА, при этом реализация права, закрепленного в ч. 3 ст. 8 ТК РФ, полностью зависит от активности сторон социального партнерства. Т.А. Сошникова полагает, что «на практике нередко профсоюзы привлекаются к разработке и утверждению на паритетных началах (т.е. совместно с администрацией) глобальных документов организации, таких, например, как план действий по высвобождению и трудоустройству работников в связи с проведением реорганизации компании, реструктуризации отрасли» [Сошникова Т.А., 2009: 101].

Однако более верной выглядит позиция, что совместное принятие ЛНА является скорее исключением, чем правилом, и применяется лишь в некоторых отраслях и секторах экономики. Так, согласно п. 5.8.6. приведенного выше Отраслевого соглашения по организациям железнодорожного транспорта работодателя, на которых распространяется данное соглашение, обязаны согласовывать с выборными органами своих первичных профсоюзных организаций проведение антикризисных мероприятий и мероприятий по оптимизации численности персонала. На профсоюз возлагается обязанность принимать участие в разъяснении работникам мотивов этих действий.

Второй случай принятия ЛНА по согласованию с представительным органом работников предусмотрен пунктами 6.2 и 6.2.1 указанного Отраслевого соглашения: при сокращении численности работников в связи с приведением численности работников в соответствие с объемом выполняемых работ по причине совершенствования технологических процессов, структуры управления, пересмотра норм трудовых затрат Организации, работодатель по согласованию с выборным органом первичной организации профсоюза разрабатывает Программы содействия занятости работников организации.

В п. 19 Отраслевого соглашения по лесному хозяйству на 2016–2019 годы содержится требование о необходимости согласования работодателем с первичной профсоюзной организацией или иным представительным органом всех ЛНА, регулирующих вопросы оплаты труда, включая положения об оплате труда и стимулировании работников<sup>9</sup>. Интересно, что данная норма Отраслевого соглашения уравнивает иной (непрофсоюзный) представительный орган с выборным органом первичной профсоюзной организации

---

<sup>9</sup> Отраслевое соглашение по лесному хозяйству Российской Федерации на 2016–2019 годы (утв. Рослесхозом, Профсоюзом работников лесных отраслей 01.07.2016) // Письмо Минтруда России от 10.11.2016 № 14-4/10/В-8270.

применительно к праву совместного с работодателем принятия ЛНА. Это не свойственно большинству отраслевых соглашений, которые наделяют дополнительными правами только профсоюзные органы.

Еще одна особенность Отраслевого соглашения по лесному хозяйству состоит в том, что процедура согласования не ограничивается разработкой проекта локального нормативного акта. Подпункт 14 пункта 44 Отраслевого соглашения возлагает на работодателя обязанность согласовывать с профсоюзным комитетом увольнение уполномоченного (доверенного) лица Рослесспрофсоюза по охране труда<sup>10</sup>.

Аналогичные процедуры довольно распространены в правовых системах стран Западной Европы. К примеру, по Закону ФРГ «Об уставе предприятия» (1972) работодатель обязан согласовывать с производственным советом свои решения по наиболее существенным для работников вопросам. В противном случае производственный совет вправе наложить вето на решения работодателя<sup>11</sup>. В частности, исключительное увольнение ряда категорий работников (членов производственного совета, избирательной комиссии, организующей выборы в производственный совет, представителя делегации стажеров и молодых работников) допускается лишь с согласия производственного совета. В силу ч. 2 §103 указанного выше Закона ФРГ «Об уставе предприятия» обжалование работодателем запрета на увольнения осуществляется лишь в судебном порядке.

При заключении коллективных договоров и соглашений стороны социального партнерства, как правило, повышенное внимание уделяют вопросам организации охраны труда. К примеру, в п. 4.1. действующего Отраслевого соглашения по организациям судостроительной промышленности, морской техники и судоремонта<sup>12</sup> и п. 4.3.1 Отраслевого соглашения по организациям текстильной, легкой и фарфорово-фаянсовой промышленности на 2015–2017 годы<sup>13</sup> (продленного на 2018–2020 годы), введена обязанность

---

<sup>10</sup> Там же.

<sup>11</sup> Betriebsverfassungsgesetz. Ausfertigungsdatum: 15.01.1972. In der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 4 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868) geändert worden ist“, § 2 / Ein Service des Bundesministeriums der Justiz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH. Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/betrvg/BetrVG.pdf> (дата обращения: 18-12-2019)

<sup>12</sup> Отраслевое соглашение по организациям судостроительной промышленности, морской техники и судоремонта Российской Федерации на 2016–2018 годы (утв. Минпромторгом России, Общероссийским отраслевым объединением работодателей «Союз машиностроителей России», Профсоюзом работников судостроения, Общероссийским профсоюзом работников судостроения, судоремонта и морской техники 29.07.2016). Дополнительным соглашением № 1 к Отраслевому соглашению оно продлено до 31.12.2021 включительно // СПС КонсультантПлюс.

<sup>13</sup> Отраслевое соглашение по организациям текстильной, легкой и фарфоро-фаянсовой промышленности Российской Федерации на 2015–2017 годы (утв. Российским профсоюзом ра-

работодателей согласовывать с выборными коллегиальными органами профсоюзов ЛНА и инструкции по охране труда.

В силу п. 3.7.3 Отраслевого соглашения по организациям текстильной, легкой и фарфорово-фаянсовой промышленности работодатели также должны согласовывать с выборными органами первичных профсоюзных организаций мероприятия, направленные на предотвращение массового увольнения работников при временном сокращении объемов производства<sup>14</sup>. Отраслевое соглашение между Общероссийским профессиональным союзом работников государственных учреждений и общественного обслуживания Российской Федерации и Федеральной таможенной службой на 2017–2019 годы определяет две сферы правового регулирования, где принятие ЛНА осуществляется по согласованию с выборным профсоюзным органом: 1) установления либо изменения условий труда и иных социально-экономических условий (п. 2.3.4); 2) реализация мероприятий по обеспечению занятости сотрудников, гражданских служащих и работников ФТС, предоставление им гарантий и компенсаций в связи с увольнением (п. 4.1.1)<sup>15</sup>.

Таким образом, несмотря на отсутствие в трудовом законодательстве случаев обязательного принятия ЛНА по согласованию с представительным органом работников, норма ч. 3 ст. 8 ТК РФ не является мертворожденной. Процедура согласования наиболее часто применяется для принятия ЛНА, регулирующих охрану труда, оплату труда, отношения занятости и трудоустройства, вопросы увольнения работников, в особенности массового сокращения численности работников, а также повышающих установленный законодательством уровень гарантий и компенсаций, предоставляемых работникам при увольнении.

### **3. Проблемы реализации права работников направлять своих представителей в органы управления организации**

Как отмечалось выше, перечень форм участия работников в управлении организацией, содержащийся в ст. 53 ТК РФ, не является исчерпывающим.

---

ботников текстильной и легкой промышленности, Российским объединением работодателей легкой промышленности, Объединением работодателей текстильной промышленности России 23.12.2014). Соглашением от 08.02.2018 продлено на 2018–2020 годы // Охрана и экономика труда. 2015. №1 (приложение 7).

<sup>14</sup> Там же.

<sup>15</sup> Отраслевое соглашение между Общероссийским профессиональным союзом работников государственных учреждений и общественного обслуживания и Федеральной таможенной службой на 2017–2019 годы (утв. Общероссийским профсоюзом работников государственных учреждений и общественного обслуживания, ФТС России 05.12.2016) // СПС КонсультантПлюс.

В силу ч. 3 ст. 16 Федерального закона от 12.01.1996 №10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» «профсоюзы по уполномочию работников вправе иметь своих представителей в коллегиальных органах управления организацией».

До недавнего времени в законодательстве отсутствовали нормы, регламентирующие процедуру реализации права, предоставленного профсоюзам ч. 3 ст. 16 ФЗ от 12.01.1996. В связи с этим можно было в полной мере согласиться с точкой зрения Ю.П. Орловского, что «фактически это право может быть реализовано лишь в порядке, предусмотренном сторонами социального партнерства» [Орловский Ю.П., Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А., 2006]. Однако ситуация изменилась с вступлением в силу Федерального закона от 03.08.2018 № 315-ФЗ, который дополнил ст. 53 ТК новой формой участия работников в управлении организацией — «участием представителей работников в заседаниях коллегиального органа управления организации с правом совещательного голоса», а также урегулировал порядок реализации данного права в ст. 53.1 ТК РФ<sup>16</sup>.

Статья 53.1 ТК — в отличие от ч. 3 ст. 16 ФЗ от 12.01.1996 № 10-ФЗ — наделяла правом назначать представителей работников в коллегиальном органе управления юридического лица не только первичную профсоюзную организацию, но и иной представительный орган (либо иного представителя), избираемого на общем собрании или конференции работников в случаях, предусмотренных ст. 29 ТК РФ. Представительный орган работников обязан составить соответствующий протокол и направить его руководителю организации и в коллегиальный орган управления организации, в заседаниях которого планируется участие представителей работников. Если для участия в заседаниях коллегиального органа управления организации представители работников должны получить допуск к сведениям, составляющим охраняемую законом тайну, данный допуск им предоставляется с возложением обязанности по сохранению тайны.

По ч. 1 ст. 53.1 ТК право представителей работников на участие в заседаниях коллегиального органа управления организации с правом совещательного голоса может устанавливаться федеральными законами, учредительным документом организации, внутренним регламентом, иным внутренним документом организации, а также актами социального партнерства (коллективным договором или соглашением). Однако ни Гражданский кодекс Российской Федерации, ни иные федеральные законы, регламентирующие деятельность отдельных организационно-правовых форм юридических лиц, не содержат указаний на

---

<sup>16</sup> Федеральный закон от 03.08.2018 № 315-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в целях обеспечения участия представителей работников в заседаниях коллегиального органа управления организации» // СЗ РФ. 2018. N 32 (ч. I). Ст. 5108.



такое право работников организаций. Целесообразно дифференцировать привлечение работников к деятельности коллегиальных органов юридических лиц в зависимости от их организационно-правовых форм, а применительно к коммерческим организациям — от того, относится ли юридическое лицо к субъектам малого, среднего или крупного предпринимательства.

В то же время ранее внесения в ТК рассмотренных изменений в некоторых отраслях экономики наметилась тенденция наделять представителей работников правом участия в деятельности органов управления организации и регламентировать данную процедуру в отраслевых соглашениях и коллективных договорах. Приведем примеры.

Рассмотренное выше Отраслевое соглашение по машиностроительному комплексу в п. 3.5 закрепляет такую форму участия работников в управлении организацией, как направление представителей профсоюза в коллегиальные органы управления организацией и приглашение их на совещания и заседания дирекции организации<sup>17</sup>. Пункт 8.5 Отраслевого соглашения по организациям судостроительной промышленности, морской техники и судоремонта наделяет профсоюз правом «иметь своих представителей в коллегиальных органах управления организацией». Каких-либо положений, конкретизирующих и дополняющих данную норму, практически идентичную ч. 3 ст. 16 Федерального закона от 12.01.1996 №10-ФЗ, Отраслевое соглашение не содержит.

В разделе 9 Отраслевого соглашения по центральному аппарату, территориальным органам и подведомственным организациям Федерального агентства по недропользованию на 2017–2019 годы, посвященном обеспечению прав и гарантий деятельности профсоюзных организаций, на работодателей и их представителей возлагаются следующие обязанности.

Во-первых, работодатель должен обеспечить представителям профсоюза возможность принимать участие в совещаниях, межведомственных комиссиях и других мероприятиях (п. 9.2.8 Соглашения). Во-вторых, п. 9.2.9 Соглашения гарантирует федеральным государственным гражданским служащим и работникам право направлять представителей профсоюзных организаций в состав органов управления центрального аппарата и территориальных органов Федерального агентства по недропользованию и подведомственных организаций, а также специализированных комиссий (по охране труда, по предоставлению жилищных субсидий и т.д.)<sup>18</sup>.

Столь подробное регулирование отраслевыми соглашениями участия работников в управлении организациями является исключением, а не пра-

<sup>17</sup> См.: Солидарность. 2014. № 13.

<sup>18</sup> Отраслевое соглашение по центральному аппарату, территориальным органам и подведомственным организациям Федерального агентства по недропользованию на 2017 — 2019 годы (утв. Общероссийским профсоюзом работников природно-ресурсного комплекса РФ, Роснедрами 10.05.2017) // Солидарность. 2017. N 34.

вилом. Большинство отраслевых соглашений, предусматривающих право работников направлять представителей в органы управления юридического лица, не регламентируют процедуру его реализации, в связи с чем решение практических вопросов де-факто делегируется сторонам социального партнерства, действующим на локальном уровне. Однако в коллективных договорах многих организаций (даже таких крупных, как «Автоваз»<sup>19</sup>), являющихся членами объединений работодателей, заключивших вышеуказанные отраслевые соглашения, участие работников в коллегиальных органах управления юридических лиц не упоминается вовсе, поэтому соответствующие положения отраслевых соглашений в этих организациях не применяются.

## **Заключение**

В целом правовое регулирование участия работников в управлении организацией нельзя признать эффективным. К сожалению, в последние годы участие работников в управлении организацией как форма социального партнерства практически не развивается, более того, при сопоставлении с аналогичным институтом советского трудового права 1970-х–1980-х гг. обнаруживается деградация. Позитивные изменения наметились лишь с принятием Федерального закона от 03.08.2018 №315-ФЗ, создавшего механизм реализации работниками права на участие в деятельности органов управления организацией, являющейся их работодателем. Однако в гражданское законодательство так и не были внесены изменения, детализирующие применение этих норм к организационно-правовым нормам юридических лиц. В иных случаях, например, при акционировании работников положения гражданского законодательства опередили развитие трудового законодательства.

Большинство прав работников в сфере участия в управлении организацией, перечисленных в ст. 53 ТК РФ, либо носит декларативный характер (например, обсуждение представительным органом работников планов социально-экономического развития организации), либо являются элементами других форм социального партнерства (участие работников в разработке и принятии коллективных договоров — неотъемлемая часть коллективных переговоров) или иных форм участия в управлении (трудовое законодательство не предусматривает конкретных оснований консультаций представительного органа работников с работодателем по вопросам принятия

---

<sup>19</sup> Коллективный договор ПАО «Автоваз» на 2017–2019 гг. (заключен между работодателем в лице президента ПАО и работниками общества в лице председателя первичной профсоюзной организации ОАО «Автоваз» профсоюза работников автомобильного и сельскохозяйственного машиностроения). Зарегистрирован в Департаменте трудовых отношений Министерства труда, занятости и миграционной политики Самарской области. Available at: URL: профсоюзавтоваза.рф/gallery/koldogovor\_17-19.pdf (дата обращения: 18-12-2019)

локальных нормативных актов вне процедуры учета мнения). Механизмы реализации этих прав в трудовом и корпоративном законодательстве отсутствуют, поэтому основная роль в их регламентации отводится отраслевым соглашениям, коллективным договорам и ЛНА.

Законодательство дало сторонам социального партнерства широкие полномочия по восполнению пробелов в правовом регулировании участия работников в управлении организациями, однако они оказались не в состоянии реализовать потенциал коллективно-договорного регулирования. В связи с пассивностью большинства профсоюзов доля коллективных договоров и отраслевых соглашений, гарантирующих работникам право направлять своих представителей в коллегиальные органы юридических лиц или регламентирующих механизм согласования ЛНА работодателя с представительным органом работников, от общего числа актов социального партнерства ничтожно мала. Но даже когда отраслевые соглашения содержат соответствующие прогрессивные положения, отсутствие координации между отраслевым и локальным уровнями коллективно-договорного регулирования препятствует их реализации.

В российском трудовом законодательстве единственным относительно подробно регламентированным способом участия работников в управлении является учет мнения представительного органа работника, хотя и он нуждается в совершенствовании. Кроме того, в целях развития производственной демократии следует заменить процедуру учета мнения представительного органа работников при принятии ЛНА принятием данных актов работодателем по согласованию с представительным органом работников, хотя бы по таким ключевым для работников предметам, как система оплаты труда и правила внутреннего трудового распорядка. В некоторых отраслевых соглашениях стороны существенно расширили перечень ЛНА, принимаемых с учетом мнения представительного органа работников, по сравнению с трудовым законодательством, а также предусмотрели возможность принятия ЛНА по согласованию с выборным органом первичной профсоюзной организации или иным представительным органом. Однако такие отраслевые соглашения являются скорее исключениями. Распространения такая практика коллективно-договорного регулирования участия работников в принятии ЛНА не получила.

В то же время более детальная законодательная регламентация участия работников в управлении организацией не означает вытеснения коллективно-договорного способа регулирования этих отношений, так как излишнее вмешательство государства в вопросы управления юридических лиц приведет к нарушению их нормальной деятельности, что может повлечь негативные последствия как для работников этих организаций, так и для экономики в целом. Задача науки трудового права состоит в том, чтобы помочь законодателю добиться оптимального сочетания обоих методов правового регулирования участия работников в управлении организациями.



## Библиография

Бородин И.И. Формы социального партнерства по российскому трудовому праву: дис. ... к.ю.н. М., 2007. 181 с.

Глотова И.А. Понятие и способы конкретизации норм в трудовом праве // Трудовое право в России и за рубежом. 2013. N 4. С. 5–8.

Дубинская С. Локальные нормативные акты: применение и возможности оспаривания // Трудовое право. 2016. N 6. С. 63–69.

Казарцев С.П. Коллективно-договорное регулирование трудовых отношений: практика и проблемы // Трудовое право в России и за рубежом. 2012. N 1. С. 22–24.

Киселев И.Я., Лушников А.М. Трудовое право. М.: Эксмо, 2011. 603 с.

Коршунова Т.Ю. Участие работников в управлении организацией // Трудовое право. 2006. N 10. С. 63–71.

Куренной А.М. Взаимодействие работодателя и его социального партнера на уровне организации // СПС КонсультантПлюс. 2010.

Лушникова М.В. Социальное партнерство в сфере труда. Ярославль: ЯрГУ, 2008. 432 с.

Орловский Ю.П., Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А. 500 актуальных вопросов по Трудовому кодексу Российской Федерации: комментарии и разъяснения. М.: Юрайт, 2006. 564 с.

Пряженников М.О. Локальные нормативные акты в механизме локального правового регулирования социально-трудовых отношений // Социальное и пенсионное право. 2015. N 4. С. 42–47.

Сафонов В.А. Коллективные договоры как правовые акты социального партнерства // Актуальные проблемы российского права. 2015. N 2. С. 77–83.

Советское трудовое право / В.С. Андреев, А.И. Щебанова и др. М.: Высшая школа, 1965. 455 с.

Сошникова Т.А. Взаимодействие работодателя и представительных органов работников при принятии локальных нормативных правовых актов // Трудовое право. 2009. N 12. С. 99–106.

Усенин В.И. Социальное партнерство или классовая борьба? М.: Наука, 1968. 271 с.

Хныкин Г.В. Принятие решений работодателем с учетом мнения профсоюзного органа // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. N 3. С. 48–53.

---

## Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 5

### Sectoral Agreement's Regulation of Employees's Participation in Enterprise Affairs



**Sergey Kazakov**

Senior lecturer, Department of General and Interdisciplinary Studies, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: sokazakov@hse.ru

## Abstract

The article is devoted to problems of sectoral collective bargaining agreement's regulation of co-determination. In modern Russian studies on labor law this theme is almost not examined. Methodological foundation of research is constituted from general science methods and special methods, includes: formal logical, analytical, comparative legal, historical and other methods. Main aims of research are assessment of effectiveness of collective bargaining agreement's regulation of co-determination and elaboration suggestions to improvement of legislation. Author appreciates critically applicable in labor legislation approach that implementation most of employees' rights in the sphere of co-determination is only possible if procedures of social partners' cooperation are regulated by sectoral collective bargaining contract, collective contracts and local normative acts. However, acts of social partnership solve this problem only in some sectors of the economy, such as mining and manufacturing industry, transport, car manufacturing. In addition, the lack of consistency between the norms of labor and civil legislation also impedes the exercise by employees of their rights to participate in the management of the organization. Thus, the stock transfer to employees provided for by the Federal Act of Joint-Stock Companies is not even mentioned among the forms of co-determination listed in chapter 8 of the Labor Code of the Russian Federation, but an indication of the procedure for sending employees' representatives to collegial management bodies of legal entities, partially regulated by this chapter of the Labor Code of the Russian Federation, is absent in the legal acts governing the activities of legal entities. In this regard, it is proposed to introduce the necessary changes into civil and labor legislation. There are noted in article that Soviet labor legislation of 1970–1980s (as well as modern labor law of some European countries) bound administrations of enterprises, organizations and institutions issued main local normative acts in common with employees. Modern Russian labor legislation provides for two methods of employees' participation in drafting of local normative acts — via procedure of taking into account of employees' representative body or via reconciliation. But second method is used if it's indicated in collective contracts and agreements but absence of coordination between levels of collective bargaining agreement's regulation impedes its usage. In conclusion of article author accentuates problem of declarative effect of the most rights in the sphere of co-determination and necessity of balance between state and contractual methods of regulation this sphere of social relations.

## Keywords

elected body of primary trade union, collective bargaining agreement's regulation, collective bodies of legal entity, local normative act, sectoral agreement, taking into account opinion of employees' representative body, form of social partnership, works council, co-determination.

**Acknowledgements:** The study is prepared using system Consultant Plus.

**For citation:** Kazakov S.O. (2019) Sectoral Agreement's Regulation of Employees' s Participation in Enterprise Affairs. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 5, pp. 148–166 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.148.166



## References

- Andreev V.S. (ed.) (1965) *Soviet labor law*. Moscow: Vysshaya shkola, 455 p. (in Russian)
- Borodin I.I. (2007) Forms of social partnership under Russian Labor law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 181 p. (in Russian)
- Dubinskaya S. Local norms: application and contestation. *Trudovoe pravo*, 2016, no 6, pp. 63–69 (in Russian)
- Glotova I.A. (2013) Specific norms in labor law. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, no 4, pp. 5–8 (in Russian)
- Gusov K.N., Krylov K.D., Lushnikov A.M. (2010) *Employment agreements in labour law*. Moscow: Prospekt, 256 p. (in Russian)
- Kazartsev S.P. (2012) Collective agreement regulation: practice and issues. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, no 1, pp. 22–24 (in Russian)
- Kiselev I.Ya., Lushnikov A.M. (2011) *Labor law*. Moscow: Eksmo, 104 p. (in Russian)
- Khnykin G.V. (2011) Prinyatie resheniy rabotodatelem s uchetom mneniya profsoyuznogo organa. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, no 3, pp. 48–53 (in Russian)
- Korshunova T. Yu. (2006) Employees in the administration of the company. *Trudovoe pravo*, no 10, pp. 63–71 (in Russian)
- Kurennoy A.M. (2010) Employer and its social partner in the organization. SPS Konsul'tant Plus. (in Russian)
- Lushnikova M.V. (2008) *Social partnership in labor law*. Yaroslavl': University, 432 p. (in Russian)
- Orlovskiy Yu.P., Nurtdinova A.F., Chikanova L.A. *500 topical issues on the Russian labour law*. Moscow: Yurayt, 2006 (in Russian)
- Pryazhennikov M.O. (2015) Local acts in the mechanism of legal regulation. *Sotsial'noe i pensionnoe pravo*, no 4, pp. 42–47 (in Russian)
- Safonov V.A. (2015) Collective agreements as acts of social partnership. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no 2, pp. 77–83.
- Soshnikova T.A. (2009) Employer and employees in passing normative acts. *Trudovoe pravo*, no 12, pp. 99–106 (in Russian)
- Usenin V.I. (1968) *Social partnership or class struggle?* Moscow: Nauka, 271 p. (in Russian)

# Особенности использования доказательств и специфика процесса доказывания в Спортивном арбитражном суде (CAS)

---



## **И.А. Васильев**

Доцент, кафедра теории и истории государства и права, Санкт-Петербургский государственный университет, кандидат юридических наук. Адрес: 199034, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7/9. E-mail: i.vasilev@spbu.ru



## **Н.Н. Кислякова**

юрист Адвокатского бюро КИАП. Адрес: 127055, Российская Федерация, Москва, ул. Бутырский Вал, 68/70. E-mail: nk@kiaplav.ru



## **С.А. Юрлов**

юрист Национального объединения спортивных юристов, кандидат юридических наук. Адрес: 121615, Российская Федерация, Москва, Рублевское шоссе, 22. E-mail: sergej.iurlov@yandex.ru

---



## **Аннотация**

Процедуру разрешения спортивных споров в Спортивном арбитражном суде в Лозанне (CAS) характеризует ряд черт, которые отличают его не только от других институтов разрешения спортивных споров, но и от международного коммерческого и международного инвестиционного арбитражей. В настоящем исследовании будут рассмотрены основные из таких признаков, а именно применение принципа презумпции невиновности в сфере спорта, использование стандартов доказывания «comfortable satisfaction» (достаточная убежденность), «beyond reasonable doubts» (без обоснованных сомнений), «balance of probabilities» (баланс вероятностей), проблему использования доказательств, недопустимых в национальной юрисдикции, в спорах о манипулировании результатами матчей. Для ответа на поставленные вопросы авторы обратились к нестандартным для коммерческого арбитража доказательствам, признаваемым CAS, к вопросу о недопустимости новых доказательств в апелляционной процедуре арбитража, необходимости заранее сформировать списки экспертов и свидетелей, тематике истребования доказательств в CAS, проблеме использования доказательств, полученных за пределами процессуальных сроков. В процессе исследования была применен набор методов юридической науки: анализ международных правовых актов, нормативных актов спортивных организаций, решений юрисдикционных органов спортивных организаций и Спортивного арбитражного суда; синтез выводов, сделанных в отношении отдельных вопросов и проблем, для формулирования отношения CAS к использованию отдельных доказательств и обозначения специфики процесса доказывания в данном

арбитраже. Следует отметить, что соавторы не являются единомышленниками в вопросе применимости принципа презумпции невиновности в спорте. Сторонником использования названной презумпции выступает С.А. Юрлов, тогда как Н.Н. Кислякова и И.А. Васильев являются сторонниками классического понимания «строгой ответственности». Различие соавторов во взглядах подчеркнуто в соответствующих частях настоящего исследования. Выводы, являющиеся результатом исследования, позволяют по-новому взглянуть на доводы об имплементации презумпции невиновности в регулирование спортивных организаций, а также увидеть отношение спортивных организаций и CAS к не всегда бесспорным с точки зрения права способам защиты спорта.

---



### Ключевые слова

спортивный арбитраж, CAS, доказательства, презумпция невиновности, стандарты доказывания, дисциплинарная ответственность, спортивная ответственность.

---

---

**Для цитирования:** Васильев И.А., Кислякова Н.Н., Юрлов С.А. Особенности использования доказательств и специфика процесса доказывания в Спортивном арбитражном суде (CAS) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 167–198.

УДК: 349

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.167.198

## Введение

Популярность и обязательность для многих спортивных организаций и их членов рассмотрения споров в Спортивном арбитражном суде (далее — CAS) объясняет обращение спортивных юристов и исследователей к анализу вопросов процессуальных составляющих разрешения споров в данном учреждении. Решения CAS последних лет по делам об антидопинговых нарушениях актуализируют дискуссию о круге доказательств, которые могут быть положены в основу применения института спортивной (дисциплинарной) ответственности, в том числе использования так называемой «строгой ответственности», игнорирующей наличие или отсутствие признака вины субъекта.

Несмотря на жизненную необходимость систематизации особенностей использования отдельных доказательств и специфики процесса доказывания в (CAS), такое исследование до настоящего момента не проводилось. Подготовив данную статью, авторы устранили отмеченную недостаточную исследованность вопроса в российской науке.

В статье последовательно рассмотрено несколько взаимосвязанных проблем: применение принципа презумпции невиновности в сфере спорта; используемые стандарты доказывания «comfortable satisfaction» (достаточная убежденность), «beyond reasonable doubts» (без обоснованных сомнений),



«balance of probabilities» (баланс вероятностей); использование доказательств, которые являлись недопустимыми в национальной юрисдикции, в спорах CAS о манипулировании результатами матчей; нестандартные для коммерческого арбитража доказательства, широко используемые CAS; недопустимость новых доказательств в апелляционной процедуре CAS; необходимость на ранних этапах спора формировать списки экспертов и свидетелей; использование доказательств, полученных за пределами сроков. Выбор авторами перечисленных вопросов обусловлен совокупностью двух причин. Во-первых, текущей повесткой исследований международными спортивными организациями антидопинговых нарушений, в связи с чем можно вернуться к обсуждению презумпции невиновности спортсменов, подозреваемых в названных проступках, равно как и обратить внимание на используемые CAS и международными спортивными федерациями стандарты доказывания. Во-вторых, результатами анализа практики CAS, который позволил выделить именно эти фундаментальные процессуальные особенности и актуальные проблемы. Хотя практика CAS по делам, вынесенным в рамках апелляционной процедуры, является открытой, необходимо выявить, обобщить и систематизировать подходы CAS, в том числе вопрос о том, какие доказательства обладают качеством допустимости, каков актуальный для CAS круг доказательств, можно ли использовать в апелляционной процедуре новые доказательства и доказательства, полученные за пределами допустимого срока.

## **1. Применение принципа презумпции невиновности в сфере спорта**

Одним из основополагающих принципов права является презумпция невиновности, которая предполагает, что лицо считается невиновным, пока его вина в совершении правонарушения не будет доказана вступившим в законную силу судебным актом (решением).

Рассматриваемый принцип нашел закрепление во многих международных нормах. В соответствии с положениями ст. 11 Всеобщей декларации прав человека (1948) «каждый человек, обвиняемый в совершении преступления, имеет право считаться невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком путем гласного судебного разбирательства, при котором ему обеспечиваются все возможности для защиты. Никто не может быть осужден за преступление на основании совершения какого-либо деяния или за бездействие, которые во время их совершения не составляли преступления по национальным законам или по международному праву. Не может также налагаться наказание более тяжкое, нежели

ли то, которое могло быть применено в то время, когда преступление было совершено»<sup>1</sup>.

В силу правил ч. 2 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950) (с поправками, внесенными протоколами № 11 и № 14; далее — ЕКПЧ), «каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком»<sup>2</sup>.

В нормах указанных актов мы не найдем ограничений по использованию (здесь и далее курсив наш. — Авт.) рассматриваемого принципа: например, нет указания на то, что он может применяться только в уголовном праве и не может быть использован в сфере спорта. Однако спортивные организации<sup>3</sup>, пользуясь своей автономностью, приняли решение не только не применять принцип презумпции невиновности, но и вывернули его наизнанку, сделав по сути презумпцией виновности.

Так, положения ст. 3.1 Всемирного антидопингового кодекса (далее — Кодекс) предусматривают, что «... на Антидопинговую организацию возлагается бремя доказывания того, что нарушение антидопинговых правил имело место. Стандартом доказывания будет выявление Антидопинговой организацией нарушения антидопинговых правил на приемлемом уровне для осуществляющих процедуру слушания экспертов, принимая во внимание серьезность сделанных обвинений (данный стандарт в практике спортивных организаций называют «достаточной убежденностью» субъекта, рассматривающего спор). Этот стандарт доказывания во всех случаях является более веским, чем лишь баланс вероятностей, но меньше доказанности при отсутствии обоснованных сомнений. Когда Кодекс возлагает на Спортсмена или иное Лицо, предположительно совершившее нарушение антидопинговых правил, бремя опровергнуть презумпцию или установить определенные факты или обстоятельства, стандартом доказывания будет баланс вероятностей»<sup>4</sup>.

Сравнивая два стандарта доказывания, используемые в нормах приведенной статьи Кодекса, заметим следующее. Достаточная убежденность органа,

---

<sup>1</sup> Всеобщая декларация прав человека. Available at: URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/declhr.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml) (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>2</sup> Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Available at: URL: <http://european-court.ru/konvenciya-o-zashhite-prav-cheloveka-i-drugie-oficialnye-dokumenty/konvenciya-o-zashhite-prav-cheloveka-i-osnovnyx-svobod/#6> (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>3</sup> В термин «спортивная организация» включаются спортивные федерации по видам спорта, Всемирное антидопинговое агентство (ВАДА), национальные антидопинговые организации, преобладающие и выявляющие нарушения антидопинговых правил.

<sup>4</sup> Кодекс Всемирного антидопингового агентства. Available at: <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/wada-2015-code-ru.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

рассматривающего спор о нарушении антидопинговых правил, обоснованно выбрана как стандарт для антидопинговой организации: поскольку на нее возложено бремя доказывания факта нарушения, следовательно, требуется подтвердить реальность упомянутого факта. При этом установленное бремя доказывания не означает, что спортсмен освобождается от сбора и предъявления доказательств отсутствия нарушения. Подчеркнем, что не следует смешивать рассматриваемый стандарт доказывания со стандартом «без обоснованных сомнений», являющимся презумпцией невиновности. При использовании «достаточной убежденности» сомнения в факте нарушения не трактуются в пользу спортсмена (что, по мнению С.А. Юрлова, является необоснованным с учетом всеобъемлющего применения принципа презумпции невиновности), а рассматриваются и сопоставляются с иными доказательствами. В зависимости от результатов сопоставления собранных сторонами доказательств орган, рассматривающий спор, либо будет убежден в существовании нарушения со стороны спортсмена, либо нет. Конечно, теоретически спортсмен может отказаться от сбора и предъявления доказательств, но тогда его судьба будет всецело зависеть от успешности аналогичных действий антидопинговой организации.

К использованию другого, более мягкого стандарта доказывания прилагается Кодекс, если речь идет об опровержении спортсменом презумпции нарушения антидопинговых правил, — «балансу вероятностей». Данный стандарт не требует от спортсмена сбора и представления органу, рассматривающему спор, доказательств, достаточных для утверждения факта отсутствия нарушения. Спортсмену необходимо заявить такие доказательства, которые подтвердят *возможность* отсутствия нарушения. По вполне очевидным причинам (спортсмен обладает меньшими в сравнении с антидопинговой организацией ресурсами сбора доказательств) такой стандарт доказывания обоснованно закреплен за спортсменом, а не за антидопинговой организацией. В ином случае доказывание со стороны последней сводилось бы к выдвиганию любых подозрений, указывающих, по мнению организации, на возможность нарушения.

Итак, опровержение презумпции нарушения антидопинговых правил лежит на спортсмене. Более того, правила Кодекса содержат и иные презумпции, бремя опровержения которых также возлагается на спортсмена:

1. Презюмируется, что аналитические методы и пороговые значения, утвержденные Всемирным антидопинговым агентством (далее — ВАДА) по итогам консультаций с членами соответствующего научного сообщества и независимой экспертизы, являются научно обоснованными. Спортсмен или иное Лицо, которые хотят оспорить презумпцию научной обоснованности как условие, предшествующее оспариванию, обязаны проинформировать

сначала ВАДА о своем намерении оспорить презумпцию и об основаниях оспаривания<sup>5</sup>.

2. Презюмируется, что лаборатории, аккредитованные ВАДА, и другие лаборатории, одобренные ВАДА, осуществляют все процедуры, связанные с исследованием проб и обеспечением их сохранности, в соответствии с Международным стандартом лабораторий. Спортсмен или иное Лицо могут опровергнуть данную презумпцию путем установления наличия отступления от Международного стандарта для лабораторий, которое могло бы стать причиной неблагоприятного результата анализа<sup>6</sup>.

Таким образом, мы сталкиваемся с привилегированным положением спортивных организаций по отношению к спортсменам в вопросах установления факта нарушения антидопинговых правил, когда факты, заявляемые спортивными организациями, рассматриваются как подлинные, пока не доказано обратного, а спортсмен, наоборот, вынужден свою позицию обосновывать и доказывать. При этом документация допинг-контроля хранится как раз у спортивных организаций. Спортсмен обладает правом в соответствии с пп. Е ст. 7.3 Кодекса ВАДА запросить копии документов по исследованию пробы, но означает ли это гарантию от манипулирования результатами допинг-контроля? Вероятно, нет, поскольку, если спортсмен не запросил копии, то возможна подмена документов и внесение в них изменений в любой момент хранения.

При этом манипулирование может осуществлять как с определенной целью антидопинговая организация, так и сотрудник данной организации со своей частной целью. Как мы видим на примере последних допинг-скандалов, некоторые спортивные организации склонны верить даже малоубедительным утверждениям о подмене результатов допинг-контроля при непосредственном содействии государства. Будет ли такая же легкость со стороны данных организаций присутствовать в мотивации решений против антидопинговых организаций, обвиненных спортсменами в манипулировании документами по исследованию проб? Как нам представляется, нет, поскольку факты, заявляемые спортивными организациями, как мы отмечали ранее, рассматриваются в качестве подлинных, если не доказано обратного. В целях превенции злоупотреблений с документами по исследованию пробы в цифровой век напрашивается создание онлайн-базы документации результатов допинг-тестирования всех антидопинговых организаций, доступ к которой спортсмены и спортивные федерации могут получать в любой момент через Интернет. Мы предлагаем обсудить целесообразность и пра-

---

<sup>5</sup> Ст. 3.2.1 Кодекса Всемирного антидопингового агентства. Available at: <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/wada-2015-code-ru.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>6</sup> Там же. Ст. 3.2.2 Кодекса Всемирного антидопингового агентства.

вомерность сохранения упомянутой презумпции, существование которой в текущей формулировке, по мнению С.А. Юрлова, никак не коррелирует с защитой прав и интересов спортсменов.

Как будет показано ниже, данная практика приводит к необоснованному нарушению прав и законных интересов спортсменов. В связи с этим важно обсудить возможность использования принципа презумпции невиновности.

Во-первых, использование принципа презумпции невиновности повышает стандарты доказывания, что требует от участников процесса действительно относимых к делу и допустимых доказательств. Так, при нормальном положении вещей на спортсмена нельзя наложить спортивную санкцию при каких-либо утверждениях (*allegations*), не имея письменных и (или) иных документарных доказательств, свидетельствующих в пользу какого-либо факта.

Во-вторых, принцип уравнивает статус спортсмена как лица, в отношении которого возбуждено производство о применении спортивной санкции, и спортивной организации, которая обладает всей документацией по результатам тестирования.

В-третьих, при использовании этого принципа исключается или по крайней мере существенно затрудняется возможность наложения спортивных санкций на широкий круг спортсменов. Например, в связи с якобы участием в государственной программе допинга, так как презумпция невиновности требует наличия доказательств, оцененных компетентным органом, в отношении каждого спортсмена в отдельности.

Выворачивание наизнанку принципа презумпции невиновности позволяет спортивным организациям применять спортивные санкции к фактически невиновным спортсменам, не имея никаких относимых и допустимых доказательств. Приводимые нами рассуждения не следует считать теоретико-правовыми спекуляциями, так как имеются примеры массового ущемления прав и законных интересов спортсменов. Так, 13.11. 2015 Международная ассоциация легкоатлетических федераций (далее — ИААФ) временно приостановила членство Федерации легкой атлетики Российской Федерации после публикации независимой комиссией под руководством Р. Макларена доклада о якобы имевшем место допинге в российском спорте. Что еще важнее, ИААФ опубликовала на своем официальном сайте список спортсменов, которым запрещено участвовать в международных спортивных соревнованиях (более 4000 имен).

Конечно, отдельным вопросом, который прямо не входит в предмет настоящей статьи, является принципиальная правомерность наложения спортивной санкции на одних лиц за действия других, а именно — на спортсменов ввиду приостановления членства национальной спортивной организации. Из уст спортивных чиновников, опирающихся на принципы олимпизма, мы

слышим, что спортсмен является самостоятельным и полноправным субъектом спорта. Однако в связи с этим непонятно, как можно привлекать к ответственности одних субъектов, наказывая при этом иных, совсем невиновных лиц? К сожалению, ни эти спортивные чиновники, ни большинство хваленых юристов, якобы занимающихся исследованиями в области спортивного права, не дают ответа на поставленный вопрос. А ведь сегодня самая главная проблема, как неоднократно указывал С.А. Юрлов — это реальное (не на бумаге) обеспечение прав и законных интересов спортсмена, который по смыслу самого спорта является не бесправным придатком спортивной организации, а лицом, вокруг которого и строятся спортивные отношения.

По нашему мнению, не совсем корректно говорить о возникновении принципа «презумпции виновности» лишь в 2015 году, с принятием Кодекса ВАДА, как это отмечает Д.А. Пенцов [Пенцов Д.А., 2018: 188], правильнее было бы отметить имплементацию Кодексом сложившейся практики [Kaufmann-Kohler G., 2007: 365, 366].

По мнению С.А. Юрлова, концепция «презумпции виновности» зачастую совершенно обоснованно подвергается критике как неконституционная [Вострикова Е.А., 2012: 141] и противоречащая национальному законодательству ряда стран [Beloff M., Kerr T., Demetriou M., 1999: 185]. Действительно, есть основания полагать противоречие со ст. 6.2 ЕКПЧ, по которой каждый обвиняемый считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена в законном порядке. По мнению Н.Н. Кисляковой, при применении презумпции виновности в практике CAS были сформулированы необходимые условия: ответственность спортсмена может наступить только после предъявления международной федерацией доказательств наличия запрещенного вещества; процесс доказывания должен отвечать высоким требованиям; бремя доказывания лежит на стороне, применяющей санкции; у спортсмена должна быть возможность уменьшения либо неприменения санкции, если им будут доказаны невиновность либо отсутствие умысла [Martens D., 2006: 239].

Некоторые исследователи отмечают, что отсутствие презумпции невиновности не может оцениваться с точки зрения возможного нарушения ст. 6 ЕКПЧ<sup>7</sup> [Reeb M., 2002: 561–575, 775–782]. По мнению Н.Н. Кисляковой, Д.А. Пенцов справедливо отмечает, что по своей юридической природе отношения между атлетом и спортивной федерацией являются гражданско-правовыми и не оставляют места для применения принципов уголовного права, к которым и относится презумпция невиновности [Пенцов Д.А., 2018: 189].

---

<sup>7</sup> Arbitration CAS 2000/A/317 A. v. Fédération Internationale des Luttes Associées (FILA). Официальный сайт CAS. Available at: <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/317.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

Вместе с тем С.А. Юрлов, не соглашаясь с мнением Д.А. Пенцова, полагает, что принцип презумпции невиновности должен применяться в спорте. Хотя отношения спортивная организация — спортсмен имеют гражданско-правовое *внешнее* юридическое оформление, анализ их сущностного наполнения позволяет заключить, что на деле есть юридическая связь неравноправных субъектов, где спортсмен является менее защищенным и вынужден подчиняться воле спортивной организации.

Продвижение принципа «презумпции невиновности» характерно и для споров о дисциплинарной ответственности клубов. Так, строгая ответственность и особые составы проступков, зафиксированные в регламентах футбольных организаций, не раз подвергалась безуспешной критике клубами в юрисдикционных органах УЕФА и в CAS, в том числе и с позиции соответствия ЕКПЧ, конституционным нормам национальных законодательств. Приведем несколько примеров. Клуб в одном из решений<sup>8</sup> указывал, что свобода высказываний болельщиков защищается и ст. 16 Конституции Швейцарии, и ст. 10 ЕСПЧ: использование символики допустимо до момента, пока оно не составляет преступления. Как известно, для обвинений в расизме необходимо сочетание двух критериев: идеологии, направленной на дискриминацию или унижение по определенным признакам, и пропаганды целей, связанных с идеологией. Поэтому недостаточно одной убежденности УЕФА, чтобы ограничивать применение ст. 10 ЕСПЧ. Как аргументировал клуб, регулирование УЕФА может вмешиваться в гарантии ст. 10 ЕКПЧ. Принцип строгой ответственности оправдан только когда поведение неправомерно — как в случае хулиганства на матчах и вмешательства в результаты соревнований, запрещенных уголовным правом большинства европейских государств<sup>9</sup>.

Однако, как указал юрисдикционный орган, спортивные ассоциации по праву Швейцарии, которой является УЕФА, наделены правами: (1) принимать правила поведения, которым должны следовать прямые и косвенные участники ассоциаций; (2) применять дисциплинарные санкции к участникам, которые нарушают эти правила. При этом оба правомочия применяются ассоциацией, если соблюдаются собственные акты и регламенты, а также основные принципы права (к примеру, право быть услышанным; соразмерность санкций). Следовательно, не требуется, чтобы действия болельщиков были противоправными с точки зрения национального права или угрожали безопасности во время национальных соревнований. Единственным компе-

---

<sup>8</sup> CSKA Moscow. Decision of 13 February 2014. Case Law Control, Ethics and Disciplinary Body & Appeals Body. Season 2013/2014. January 2014-June 2014. Available at: [https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/12/48/82/2124882\\_DOWNLOAD.pdf](https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/12/48/82/2124882_DOWNLOAD.pdf) (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>9</sup> CSKA Moscow. Decision of 13 February 2014...

тентным субъектом нормотворчества в области определения критериев неприемлемого поведения болельщиков на соревнованиях под своей эгидой является УЕФА, что подчеркивается широтой независимости и саморегулирования спортивной ассоциации по праву Швейцарии (регламентация своего управления, правил членства и порядка проведения соревнований в целях продвижения и защиты своих ценностей и принципов)<sup>10</sup>.

В том числе по этим причинам УЕФА не следует нормам и правовым принципам, которые используются в национальных конституционных законодательствах, и поддерживаются в своих решениях национальными судебными инстанциями. Такая позиция конституирована в ряде решений CAS, в которых подтверждается право применения ассоциациями, зарегистрированными в швейцарской юрисдикции, дисциплинарных санкций в отношении своих прямых или косвенных членов, и данное право основано не на публичном или уголовном, а на гражданском праве<sup>11</sup>. Поэтому и спортивные (дисциплинарные) санкции, применяемые, к примеру, в соответствии с Дисциплинарным регламентом УЕФА, по природе происходят из гражданского права и должны четко ограничиваться от уголовных наказаний<sup>12</sup>.

ЕКПЧ, как отмечают юрисдикционные органы УЕФА, защищает фундаментальные права и свободы при злоупотреблениях государственной власти и поэтому неприменима в дисциплинарном производстве, осуществляемом спортивной организацией, являющейся сугубо частным субъектом<sup>13</sup>. Следовательно, обращение к ЕКПЧ для признания норм регламентов спортивных организаций и, в частности, Дисциплинарного регламента УЕФА, юридиче-

---

<sup>10</sup> FC Barcelona. Decision of 16 December 2015. Case Law Control, Ethics and Disciplinary Body & Appeals Body. Season 2015/2016. July 2015–December 2015. Para 45. Available at: [https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/35/33/01/2353301\\_DOWNLOAD.pdf](https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/35/33/01/2353301_DOWNLOAD.pdf) (дата обращения: 12-10-2018); FC Schalke 04. Decision of 23 March 2017. Case Law Control, Ethics and Disciplinary Body & Appeals Body. Season 2016/2017. January 2017 — June 2017. Para 18. Available at: [https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/51/76/81/2517681\\_DOWNLOAD.pdf](https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/51/76/81/2517681_DOWNLOAD.pdf) (дата обращения: 12-10-2018); Arbitration CAS 2015/A/3926 FC Gelsenkirchen-Schalke 04 v. UEFA. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3926.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>11</sup> Arbitration CAS 98/208 N, J, Y, W v. FINA. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/208.pdf> (дата обращения: 12-10-2018); Arbitration CAS 98/002 R v./ ИОС. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/OG%2098-002.pdf> (дата обращения: 12-10-2018); Arbitration CAS 2005/C/976&986 FIFA & WADA. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/976%20986.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>12</sup> FC Barcelona. Decision of 16 December 2015... Para 23; SK Rapid Wien. Decision of 12 January 2017. Case Law Control, Ethics and Disciplinary Body & Appeals Body. Season 2016/2017. January 2017–June 2017. Para 26. Available at: [https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/51/76/81/2517681\\_DOWNLOAD.pdf](https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/51/76/81/2517681_DOWNLOAD.pdf) (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>13</sup> Arbitration CAS 2005/C/976&986 FIFA & WADA. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/976,%20986.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)



ски ничтожны<sup>14</sup>. В конституционном праве Швейцарии фундаментальные права и свободы, включая свободу выражения мнения и свободу информации, гарантированные ст. 16 Конституции Швейцарии, должны рассматриваться как субъективные притязания частного субъекта к государству и для предотвращения вторжения последнего в реализации данных гарантий<sup>15</sup>. Права и свободы предназначены, прежде всего, для защиты индивида от злоупотребления публичным субъектом своей властью. Следовательно, гарантии основных прав и свобод неприменимы в спорах между частными субъектами и используются для защиты от государственной власти<sup>16</sup>. При этом положения актов и регламентов спортивных организаций не являются безапелляционными и не подлежащими нормоконтролю, поскольку они должны соответствовать основным принципам права и могут быть проверены CAS в случае их игнорирования.

Строгая ответственность клубов, используемая в положениях Дисциплинарного регламента УЕФА за неприемлемое положение болельщиков, характеризуется отсутствием установления наличия или отсутствия вины. В связи с этим аргументы клубов об исключении их ответственности в силу отсутствия вины несостоятельны, что давно было сформулировано CAS<sup>17</sup>. Обращаясь к решениям юрисдикционных органов УЕФА, концепция строгой ответственности представляет собой один из немногих юридических инструментов, доступных футбольным властям для противодействия хулиганству и иному недопустимому поведению болельщиков<sup>18</sup>. При таком положении единственным способом реагирования УЕФА на неприемлемое поведение болельщиков, как неоднократно подчеркивал CAS<sup>19</sup>, остается строгая ответственность клубов, направленная на стимулирование клубов к работе с болельщиками. Заметим, что строгая ответственность знакома и национальным правовым порядкам, когда речь идет о деяниях, которые угрожают значимым общественным ценностям и интересам; но затруднительно доказать вину отвечающего за них субъекта. Применимость строгой ответственности в соревнованиях УЕФА не ограничивается ситуациями неприемлемого поведения болельщиков, и наши комментарии по данному вопросу будут даны в выводах исследования.

<sup>14</sup> CSKA Moscow. Decision of 13 February 2014... Para 22.

<sup>15</sup> FC Barcelona. Decision of 16 December 2015... Para 24.

<sup>16</sup> FC Barcelona . Decision of 16 December 2015...Para 25.

<sup>17</sup> Arbitrage TAS 2002/A/423 PSV Eindhoven / Union des Associations Européennes de Football (UEFA), sentence du 3 juin 2003. Para 12. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/423.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>18</sup> FC Barcelona. Decision of 16 December 2015... Para 33.

<sup>19</sup> См., напр., Arbitration CAS 2007/A/1217 Feyenoord Rotterdam v. Union of European Football Associations (UEFA), award of 20 April 2007. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1217.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

## 2. Стандарты доказывания

Одним из видов доказательств по делам о манипулировании результатами матчей, перечисленных в положениях ст. 4.02 действующей редакции Регламента Лиги чемпионов УЕФА, является решение национального суда, спортивного юрисдикционного органа или спортивного арбитража. В процессе рассмотрения спора УЕФА может полагаться на оценку доказательств, произведенную ранее в некоей инстанции, но не обязан следовать ее решению. При этом юрисдикционные органы УЕФА используют стандарт доказывания «достаточная убежденность», являющийся общим для всех категорий спортивных споров: убежденность инстанции в доказанности определенного факта. Данный стандарт неоднократно подвергался оспариванию при рассмотрении споров в Контрольно-дисциплинарной и этической комиссии, Апелляционной комиссии УЕФА, перед Спортивным арбитражным судом (CAS) на предмет необоснованной легкости доказывания обстоятельств, влияющих на признание национальных ассоциаций и клубов ответственными за спортивные проступки.

К примеру, подчеркивалось, что в делах о спортивной (дисциплинарной) ответственности ассоциаций и клубов за поведение болельщиков будто бы необходимо применять самый строгий из стандартов, известных европейским правовым системам и используемый в уголовном праве и других пенициарных отраслях публичного права — «без обоснованных сомнений» (*beyond reasonable doubts*)<sup>20</sup>. Последний требует доказанности с учетом презумпции невиновности не только факта правонарушения, но и причастности к его совершению привлекаемого к ответственности субъекта. Как следствие, при использовании такого стандарта бремя доказывания перемещается с паритетного (каждый отвечает за доказывание привлеченных им фактов) на одностороннее, возложенное на УЕФА. Однако консолидированная и последовательная позиция юрисдикционных органов УЕФА и CAS заключается в неприемлемости применения к спортивным спорам стандарта доказывания, предъявляющего настолько высокие требования<sup>21</sup>. Тем самым

---

<sup>20</sup> См., напр.: Apollon Limassol. Decision of 13 February 2014. Case Law Control, Ethics and Disciplinary Body & Appeals Body. Season 2014/2015. January 2014 — June 2014. Available at: [https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/12/48/82/2124882\\_DOWNLOAD.pdf](https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/12/48/82/2124882_DOWNLOAD.pdf) (дата обращения: 12-10-2018); KKS Lech Poznań. Decision of 17 September 2015. Case Law Control, Ethics and Disciplinary Body & Appeals Body. Season 2015/2016. July 2015–December 2015. Available at: [https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/35/33/01/2353301\\_DOWNLOAD.pdf](https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/35/33/01/2353301_DOWNLOAD.pdf) (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>21</sup> См.: Arbitration CAS 2013/A/3258 Besiktas Jimnastik Kulübü v. U Union of European Football Association (UEFA), award of 23 January 2014. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3258.pdf> (дата обращения: 12-10-2018); Apollon Limassol. Decision of 13 February 2014...; KKS Lech Poznań. Decision of 17 September 2015...; Legia Warszawa. Decision of 16 December 2015.

поддерживаются положения регламентов УЕФА об использовании «достаточной убежденности».

В процессе рассмотрения дел о манипулировании результатами матчей УЕФА опирается на фактические обстоятельства и информацию, доступную данной организации, чтобы доказать прямую или косвенную вовлеченность клубов в противоправную деятельность. В результате к клубу может быть применена административная мера (лишение права на участия в соревновании УЕФА сроком на год), как следует из положений приведенной выше ст. 4.02 Регламента Лиги чемпионов УЕФА. Отметим, что от такой меры УЕФА может отказаться, если сочтет, что ранее принятое национальным судом, спортивной инстанцией или спортивным арбитражем решение уже препятствует клубу принимать участие в соревновании под эгидой Союза европейских футбольных ассоциаций.

Внимание УЕФА к доступности информации о фактических обстоятельствах обуславливает применение мягкого, как мы продемонстрировали в сравнении, стандарта доказывания. Но и данный стандарт в рассматриваемой категории дел претерпел эволюцию, поскольку уровень доказывания был снижен до применения другого стандарта, а именно, «баланса вероятностей». Применение «баланса вероятностей» позволяет считать, что приведенные в споре доказательства указывают на существование определенного факта с большей долей вероятности, чем на его отсутствие<sup>22</sup>. Использование баланса вероятностей в спортивных спорах было подтверждено CAS в ряде дел, в том числе и о нарушении антидопингового регулирования<sup>23</sup>.

### **3. Использование доказательств, недопустимых в национальной юрисдикции, в спорах CAS о манипулировании результатами матчей**

В практике CAS дела о манипулировании результатами матчей встречаются редко<sup>24</sup>, что не препятствует изучению последовательной позиции ар-

---

Case Law Control, Ethics and Disciplinary Body & Appeals Body. Season 2015/2016. July 2015–December 2015. Available at: [https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/35/33/01/2353301\\_DOWNLOAD.pdf](https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/UEFACompDisCases/02/35/33/01/2353301_DOWNLOAD.pdf) (дата обращения 12-10-2018); Arbitration CAS 2007/A/1370 & 1376 FIFA & WADA v/ CBF, STJD, Dodô. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1370,%201376.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>22</sup> См. подробнее: Arbitration CAS 2008/A/1370&1376 FIFA & WADA v/ CBF, STJD, Dodô. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1370%201376.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>23</sup> Ibid. Para 127.

<sup>24</sup> Arbitration CAS 2009/A/1920 FK Pobeda, Aleksandar Zabrcanec, Nikolce Zdraveski v. UEFA, award of 15 April 2010. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1920.pdf>

битража в вопросе о допустимых доказательствах. Тем не менее определенные выводы практика позволяет сделать.

Право, но не обязанность юрисдикционных органов УЕФА по признанию решений государственных судов и установленных ими фактов имело существенное значение, поскольку манипулирование результатами представляет собой правонарушение, предусмотренное большинством национальных юрисдикций. Так, в спорах CAS 2013/A/3258, CAS 2014/A/3625, CAS 2014/A/3628 официальные лица футбольных клубов были признаны турецкими судами виновными во вмешательстве в результаты матчей, но впоследствии данные дела были направлены вышестоящей судебной инстанцией на повторное рассмотрение в связи с либерализацией уголовно-процессуального законодательства. Состав вменяемого им преступления более не мог быть доказан с использованием технических средств, т.е. прослушивания и записи телефонных переговоров. Как считали клубы в процессе рассмотрения спора в CAS, это препятствовало использованию таких доказательств как на уровне Федерации футбола Турции, так и в органах УЕФА, а значит, и в арбитраже. Однако, как отметил арбитраж, решение вышестоящей судебной инстанции о пересмотре дела было основано не на неправильной оценке фактов в процессе уголовного судопроизводства, а только на процессуальном основании — изменении законодательства<sup>25</sup>. Данный нюанс имеет не последнее значение, поскольку указывает на отсутствие ошибок национального суда при рассмотрении обвинения в манипулировании результатами. Следовательно, приговор, вынесенный по уголовному делу, как обоснованно счел CAS, может подтверждать и дополнять выводы, которые сделаны национальной федерацией в процессе разрешения спора<sup>26</sup>.

---

(дата обращения: 12-10-2018); Arbitration CAS 2010/A/2172 O. v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 18 January 2011. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2172.pdf> (дата обращения: 12-10-2018); Arbitration CAS 2013/A/3256 Fenerbahçe Spor Kulübü v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 11 April 2014 (operative part of 28 August 2013). Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3256.pdf> (дата обращения: 12-10-2018); Arbitration CAS 2013/A/3258 Besiktas Jimnastik Kulübü v. U Union of European Football Association (UEFA), award of 23 January 2014. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3258.pdf> (дата обращения: 12-10-2018); Arbitration CAS 2013/A/3297 Public Joint-Stock Company "Football Club Metalist" v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA) & PAOK FC, award of 29 November 2013. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3297.pdf> (дата обращения: 12-10-2018); Arbitration CAS 2014/A/3625 Sivasspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA), award of 3 November 2014 (operative part of 7 July 2014). Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3625.pdf> (дата обращения: 12-10-2018); Arbitration CAS 2014/A/3628 Eskişehirspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA), award of 2 September 2014 (operative part of 7 July 2014). Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3628.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>25</sup> Arbitration CAS 2014/A/3625 Sivasspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA)... Para 142; Arbitration CAS 2014/A/3628 Eskişehirspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA)... Para 130.

<sup>26</sup> Arbitration CAS 2013/A/3258 Besiktas Jimnastik Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA)... Para 147-149.

Решая вопрос о правомерности использования юрисдикционными органами УЕФА записи телефонных переговоров, сделанной полицией, в качестве доказательства против клубов, CAS обратился к концепции общественного, публичного интереса. Манипулирование результатами матчей — серьезное правонарушение с точки зрения УЕФА, и оно находится под уголовным запретом в большинстве национальных юрисдикций. Значит, различные спортивные организации в процессе рассмотрения данной категории споров должны учитывать превалирование публичного интереса в установлении истины. Помимо внимания к общественному интересу, арбитраж также подчеркнул ограниченность возможностей спортивных инстанций, не исключая самого CAS, по представлению доказательств в сравнении с органами публичной власти. Последний довод имеет для нас особый интерес, поскольку открывает прямой путь к использованию широкого спектра доказательств. Так, в деле CAS 2014/A/3628 арбитраж поддержал право национальной спортивной федерации использовать любые доказательства, имеющиеся в ее распоряжении: записи телефонных разговоров; доказательства, полученные в результате расследования уголовного дела; решения национальных судов<sup>27</sup>. CAS занял такую позицию, потому что спортивные федерации *a priori* не обладают ресурсами, имеющимися в распоряжении правоохранительных органов, а значит, не могут проводить сопоставимые расследования для выявления фактических обстоятельств, поиска и закрепления доказательств.

В своей практике арбитраж отмечает, что швейцарское право не является слепым противником объективных трудностей доказывания для отдельных субъектов и признает концепцию «отсутствия доказательств» («*Beweisnotstand*»)<sup>28</sup>. Если одной из сторон не доступны доказательства по причине отказа в них другой стороной или третьим лицом, процессуальная справедливость требует, чтобы на другую сторону возлагалось бремя доказывания, почему представленные первой стороной факты не соответствуют действительности. Наряду с этим швейцарское законодательство предлагает ряд инструментов, чтобы облегчить трудное бремя, которое ложится на сторону, доказывающую факты. Эти инструменты варьируют от обязанности другой стороны сотрудничать в процессе установления фактов до переноса бремени доказывания или смягчения применимого стандарта доказывания. В последнем случае это обусловлено тем, что сторона не имеет доступа к прямым доказательствам и обладает только косвенными доказательствами.

<sup>27</sup> Arbitration CAS 2014/A/3628 Eskişehirspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA)... Para 130.

<sup>28</sup> Arbitration CAS 2013/A/3047 FC Zenit St. Petersburg v. Russian Football Union (RFU), award of 7 October 2013. Para 90. Available at: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3047.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

Отдельным вопросом в приведенных нами делах о манипулировании результатами матчей является правомерность использования записи телефонных переговоров, имеющей определенные дефекты, т.е. доказательства «с недостатком». Напрямую к допустимости доказательств такие примеры не относятся, но они позволяют выявить позицию арбитража о возможности влияния «пороков» одного из доказательств на другие, аналогичные ему.

Так, в споре CAS 2013/A/3256 клуб ссылался на то, что перевод записи на английский язык очень плох с лингвистической точки зрения и содержит многочисленные ошибки, а многие части перевода не поддаются исправлению. Кроме того, по мнению клуба, инспектор УЕФА выбирал только отрывки из записей, тем самым нарушая контекст и преследуя обвинительную цель. Хотя арбитраж принял аргумент о качестве перевода, было замечено — данный вывод не означает игнорирования всех записей в качестве доказательств, и каждая из них будет оцениваться на предмет достоверности<sup>29</sup>. Здесь CAS подчеркнул: записи на турецком языке ранее были признаны доказательствами о манипулировании результатами и спортивными инстанциями национальной федерации, и органами судебной власти. И если инспектор УЕФА выбирал некоторые части записи (имеющие, по-видимому, понятный на английском языке перевод), то и клуб поступал аналогично, стремясь показать их плохое качество — присутствовал паритет действий сторон.

#### **4. Нестандартные для коммерческого арбитража доказательства, признаваемые CAS**

В соответствии с положениями Кодекса CAS (ст. R44.1, R44.3, R51, R55), а также, как следует из практики CAS, доказательства могут иметь форму письменных документов (переписка, договоры, изображения и любые иные письменные акты на любом носителе при условии надлежащей формы их копии и перевода), свидетельских и экспертных показаний, видео-материалов, банковских выписок, материалов из открытых источников (материалы прессы, телесюжеты). В то же время у CAS есть ряд особенностей в этом отношении. Интересно остановиться на свидетельских показаниях, ведь их одних достаточно для доказательства применения допинга даже при отсутствии лабораторного заключения<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Arbitration CAS 2013/A/3256 Fenerbahçe Spor Kulübü v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA)... Para 294.

<sup>30</sup> Arbitration CAS 2004/O/645 USADA v. M. & IAAF. Available at: [https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free\\_pdfs/CAS%202004-O-645%20USADA%20v%20M%20%26%20IAAF%20Award.pdf](https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/CAS%202004-O-645%20USADA%20v%20M%20%26%20IAAF%20Award.pdf)

Во-первых, хотя это и является более характерным для англо-саксонской правовой системы, в CAS, вне зависимости от национальности арбитров и сторон, практикуется перекрестный допрос свидетелей (cross examination) [Беляев С.А., 2005: 94, 95]; [Martens D., 2011: 18, 19]. Зачастую свидетели заслушиваются посредством телеконференцсвязи (например, посредством программы «Скайп») и телефона, что напрямую допускается ст. R51 и R44.2 Кодекса CAS. Так, на слушаниях в феврале 2018 года в деле российских спортсменов ряд ключевых свидетелей допрашивали по телефону. Как отмечают практики арбитража, в частности, швейцарский адвокат Е. Кальнина, допрос свидетелей через «Скайп» осложняет перекрестный допрос и может повлиять на due process<sup>31</sup>, так как в крайней степени ограничивает право стороны на перекрестный допрос свидетелей.

Во-вторых, при допросе свидетелей допустимо использование «полиграфа» для проверки фактов, связанных с применением допинга<sup>32</sup>.

В-третьих, интересно отметить, что если свидетель не является на устные слушания, его показания изымаются из дела и не учитываются, однако по соглашению сторон с распоряжения председателя состава арбитров и при условии наличия письменных показаний свидетелю может быть разрешено не присутствовать [Mavromati D., Reeb M., 2015: 334]. У CAS нет механизма направления принудительных повесток, однако по ст. 184 (2) Закона Швейцарии о международном частном праве арбитражный состав может ходатайствовать об этом перед государственным судом [Arroyo M., 2013: 973].

В-четвертых, CAS допускает использование анонимных свидетелей<sup>33</sup>.

Резюмируем, что в CAS в целом разработан современный подход к доказательствам. В частности, допустимо использовать в качестве доказательств переписку в мессенджерах<sup>34</sup>, к чему российские государственные суды пока относятся с осторожностью.

---

(дата обращения: 12-10-2018); Arbitration CAS 2004/O/649 USADA v. G. Available at: [https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free\\_pdfs/CAS%202004-O-649%20USADA%20v%20G%20Award.pdf](https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/CAS%202004-O-649%20USADA%20v%20G%20Award.pdf) (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>31</sup> Кальнина Е. Выступление на конференции Российского института арбитража 16.05.2018 в Санкт-Петербурге (не опубликовано).

<sup>32</sup> Arbitration CAS 2011/A/2384 UCI v. Alberto Contador Velasco & RFEC. Available at: <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2384,%202386.pdf> (дата обращения: 12-10-2018); Arbitration CAS 2011/A/2386, WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC. Available at: Ibid.

<sup>33</sup> Arbitration CAS 2009/A/1920 FK Pobeda, Aleksandar Zabrcanec, Nikolce Zdraveski v/ UEFA...; Arbitration CAS 2011/A/2384 Union Cycliste Internationale (UCI) v. Alberto Contador Velasco & Real Federación Española de Ciclismo (RFEC)...; Arbitration CAS 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC... Available at: Ibid.

<sup>34</sup> Arbitration CAS 2014/3467 Guillermo Olosa de la Rica v. Tennis Club. Available at: [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Award\\_3467\\_\\_FINAL\\_\\_internet.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Award_3467__FINAL__internet.pdf) (дата обращения: 12-10-2018)

## 5. Недопустимость новых доказательств в апелляционной процедуре CAS

В соответствии с нормой ч. 3 ст. R57 Кодекса CAS у арбитражного состава в рамках апелляционной процедуры есть право отказаться принимать доказательства, если они не были доступны до подачи апелляции на решение спортивной инстанции. Данное положение в настоящей редакции существует с 2013 г., при этом оно прямо противоречит ст. 13.1.2 Кодекса ВАДА и вызывает критику в литературе [Arroyo M., 2013: 1036]; [Mavromati D., 2014: 50]. Однако нельзя не отметить, что в данном случае арбитражному составу не запрещается принимать новые доказательства, — вопрос оставлен на его усмотрение, и отказ принимать доказательства является лишь правом, что подтверждается практикой<sup>35</sup>. Однако положение ст. R57 Кодекса CAS не предусматривает порядок, согласно которому доказательства должны допускаться, не предусматривает, на ком лежит бремя доказывания недоступности доказательств ранее, а также не дает ответа, должен ли арбитражный состав автоматически проверять доказательства на соответствие ст. R57 или только по заявлению противоположной стороны.

Вопрос соответствия данного положения Кодекса CAS публичному порядку проверялся Федеральным (Верховным) судом Швейцарии; Суд пришел к выводу, что оснований отмены решения CAS нет, и отказ исследовать доказательства не нарушает публичного порядка<sup>36</sup>. В то же время даже в Бюллетенях CAS, представляющих собой сборники самых релевантных и актуальных статей по теме, сказано, что ст. R 57 теоретически идет вразрез с ч. 4 ст. 190 Закона Швейцарии о международном частном праве, так как основанием для отмены решения арбитража является «несоблюдение равенства сторон или их права быть заслушанными в состязательном процессе», что непосредственно связано с вопросом исследования доказательств [Mavromati D., 2014: 53-54]. Такой подход может влечь за собой отмену арбитражного решения, как это было в деле ICSID ARB/03/25. Решение было отменено по той причине, что стороне не дали возможности предьявить доказательства<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Arbitration CAS 2014/A/3486 MFK Dubnica v FC Parma. Available at: [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Bulletin\\_2015\\_1\\_internet3.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulletin_2015_1_internet3.pdf) (дата обращения: 12-10-2018).

<sup>36</sup> Available at: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/3%20janvier%202011%204A%20386%202010.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>37</sup> Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines. ICSID Case No. ARB/03/25. Faculty of Law University of Victoria. 2018. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0341.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)



## **6. Необходимость сформировать списки экспертов и свидетелей в пределах процессуального срока**

Список с именами свидетелей и экспертов в CAS должен подаваться вместе с самым первым процессуальным документом (ст. R44.1, R51 Кодекса). После обмена основными процессуальными документами (заявлением и отзывом) каким-либо образом дополнить эти документы уже невозможно, поэтому список свидетелей и экспертов необходимо подать сразу. Заявление новых свидетелей на последующих этапах не допускается. Попытки оспорить решение CAS на основании недопуска новых свидетелей и нарушения принципа «равного отношения к сторонам» не приводили к успеху<sup>38</sup>. В то же время данное обстоятельство не только подвергается критике в литературе [Scherer M., 2015], но могло бы послужить основанием для отмены арбитражного решения в других юрисдикциях (как это было в деле ICSID ARB/03/25 — решение отменено по той причине, что стороне не дали возможность представить доказательства)<sup>39</sup>.

Как это следует из практики CAS, нельзя «зарезервировать» право на представление таких доказательств в будущем<sup>40</sup>. Единственным отступлением от правила является наличие «исключительных обстоятельств»: в таком случае допускается предъявление дополнительных доказательств, но при этом ни в самом Кодексе CAS, ни в доктрине не выработано точных разъяснений, какие исключительные обстоятельства позволяют стороне предъявлять дополнительные доказательства. Из практики CAS следует, что такие доказательства должны обладать критерием новизны, быть относимыми и важными, а их поздняя подача должна быть обоснована [Данилевич А.С., Ольховка Ф.К., 2016: 163-170] [Rochefoucauld E., 2015: 30].

## **7. Проблема использования доказательств полученных за пределами сроков**

Положения ст. 17 Кодекса гласят: «В отношении Спортсмена или иного Лица не может быть начато никаких процедур в связи с нарушением антидопинговых правил, если он или она не были уведомлены о факте нарушения антидопинговых правил в соответствии с положениями статьи 7 либо если не было предпринято разумных попыток осуществить такое уведомление

<sup>38</sup> Решение Федерального (Верховного) суда Швейцарии от 20.07.2011 по делу No. 4A\_162/2011. Available at: [http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/110720\\_4A\\_162-2011.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/110720_4A_162-2011.html) (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>39</sup> Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide...

<sup>40</sup> Arbitration CAS 2011/A/2681 KSV Cercle Brugge v. FC Radnicki, award of 19 September 2012. Available at: <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2681.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

в течение десяти лет с даты предполагаемого нарушения антидопинговых правил»<sup>41</sup>. Необходимо отметить, что предыдущая редакция Кодекса предусматривала сокращенный срок давности — восемь лет. ВАДА указывало, что «срок давности был продлен до десяти лет с восьмилетнего. Недавние события показывают, что иногда требуется много времени, прежде чем сложные схемы допинга могут быть раскрыты»<sup>42</sup>. Основанием внесения изменений в ст. 17 Кодекса путем продления срока давности для выявления нарушений антидопинговых правил является «выявление изощренных допинговых схем».

С практической точки зрения упомянутые положения Кодекса уполномочивают спортивные организации анализировать пробы спортсменов бесконечное число раз в течение предписанного десятилетнего периода. При рассмотрении такого положения дел следует обратить внимание на следующие вопросы:

- 1) Каковы нормативные основы проведения процедуры дополнительного анализа допинг-проб, отобранных в ходе проведения предыдущих спортивных соревнований?
- 2) Есть ли нарушения прав и законных интересов спортсменов?
- 3) Какова позиция CAS и (или) других судов о законности процедуры дополнительного анализа?
- 4) Нужно ли вносить изменения в действующую редакцию Кодекса, чтобы сократить срок давности для выявления нарушения антидопинговых правил?

В соответствии с нормами ст. 6.5 Кодекса «любая Проба может быть подвергнута дополнительному анализу по запросу Антидопинговой организации, ответственной за обработку результатов, в любое время до того, как результаты лабораторного анализа по обеим Пробам А и Б (либо результаты анализа Пробы А, если не было использовано право на анализ Пробы Б или он не будет проводиться) были сообщены Спортсмену в качестве основания обвинения в возможном нарушении антидопинговых правил по ст. 2.1. Пробы могут быть сохранены, и может быть проведен их последующий дополнительный анализ для целей ст. 6.2 в любое время исключительно по указанию Антидопинговой организации, которая инициировала и организовала отбор Проб, либо по указанию ВАДА (во всех случаях хранение Проб или последующий дополнительный анализ, инициированные ВАДА, будут осуществляться за счет ВАДА). Дополнительный анализ Проб должен осуществляться в соответствии с требованиями Международного стандарта для

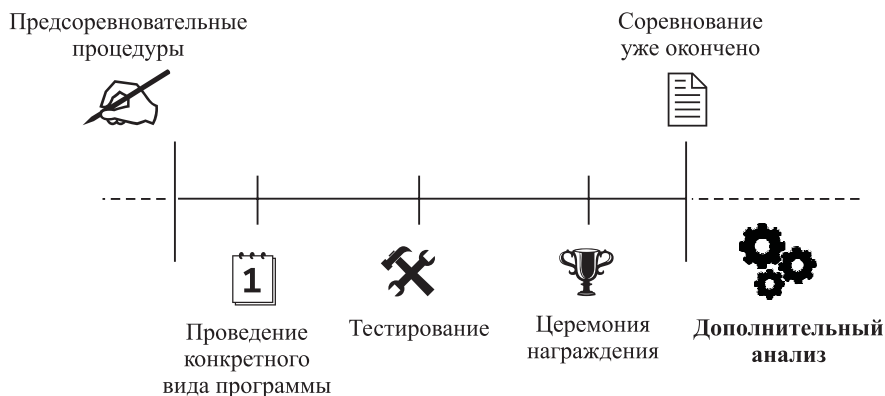
---

<sup>41</sup> Кодекс Всемирного антидопингового агентства. Available at: <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/wada-2015-world-anti-doping-code.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>42</sup> Там же.

лабораторий и Международного стандарта по тестированию и расследованиям».

Таким образом, положения Кодекса не детерминируют понятий «дальнейший (дополнительный) анализ», «повторное тестирование» или «ретроспективное тестирование». Кодекс использует только термин «дополнительный анализ». На первый взгляд может показаться, что спортивная организация действует в интересах «чистых» спортсменов. Тем не менее основной вопрос заключается в том, действительно ли защищаются или нарушаются их интересы (см. рис. 1).



**Рис. 1.** Спортивное соревнование: виды программы; тестирование; церемония награждения и процедура дополнительного анализа

При обосновании новых исследований спортивная организация обычно указывает, что научные разработки дают возможность выявить большее число нарушений антидопинговых правил. Очевидно, спортивная организация должна доказать, что нарушение антидопинговых правил не могло быть обнаружено в ходе первого тестирования и что наука значительно развилась по прошествии определенного времени.

При рассмотрении процедуры дополнительного анализа необходимо сделать следующие замечания:

1) Каждый спортсмен принимает участие в спортивном соревновании только один раз. Как правило, по его окончании участники не могут просить организаторов спортивных соревнований провести его еще раз.

2) Церемонии награждения обычно проводятся в конце таких соревнований или в конце вида программы. Подразумевается, что спортивные организации провели все необходимые тесты, чтобы убедиться, что никто не использовал запрещенные вещества и (или) методы. Никто не утверждает, что результаты предварительны, а не окончательны.

3) Допинговые споры подлежат разрешению в сокращенные сроки (ст. 21 Арбитражного регламента, применимого к ad hoc палате CAS). Решения CAS являются обязательными и окончательными.

Таким образом, когда речь идет об участии спортсменов в спортивных соревнованиях и разрешении спортивных споров, применяется «принцип одной попытки». Однако, к сожалению, это не относится к ответственности спортсменов. Получается, что *спортивная организация может наказывать спортсменов и лишать их медалей, призов и спортивных титулов ex post facto*, т.е. когда *спортивные соревнования уже фактически закончились*.

С юридической и практической точек зрения было бы правильнее *проверить каждого спортсмена один раз на дату подведения итогов спортивного соревнования*. Если спортивная организация не установит, что спортсмен допустил нарушение антидопинговых правил, и на основании этих результатов распределяет медали, призы и титулы, то оснований для проведения дальнейших анализов не имеется. В противном случае спортивная организация должна была указать, что эти результаты являются предварительными и могут быть пересмотрены в любой момент в течение десятилетнего срока.

Что еще более важно, спортсмены или их представители не могут контролировать проведение дополнительного анализа: им неизвестно, какие манипуляции совершаются с ранее отобранными пробами. К сожалению, спортсменам предлагается лишь результат такой процедуры. Поэтому *воплне возможно, что кто-то совершает какие-то манипуляции, в результате которых эти пробы становятся положительными*.

Анализируя процедуру дополнительного анализа с юридической точки зрения, мы не можем не остановиться на двух делах, которые были рассмотрены арбитражем: CAS 2017/A/4973<sup>43</sup> и CAS 2017/A/4974<sup>44</sup>. Суть обоих споров заключалась в проверке CAS по заявлению спортсменов законности процедуры дополнительного анализа. Фактические обстоятельства дел являются схожими и могут быть суммированы следующим образом:

1) После соревнований спортсмены прошли необходимое тестирование, по результатам которого пробы являлись отрицательными. Далее они были сданы на хранение и впоследствии повторно проанализированы лабораторией ВАДА.

2) Накануне Летних олимпийских игр 2016 года в Рио-де-Жанейро Международный олимпийский комитет (далее — МОК) постановил представить

---

<sup>43</sup> Arbitration CAS 2017/A/4973 Chunhong Liu v. International Olympic Committee, award of 31 July 2017. Available at: [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Award\\_4973\\_\\_FINAL\\_.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Award_4973__FINAL_.pdf) (дата обращения: 12-10-2018)

<sup>44</sup> Arbitration CAS 2017/A/4974 Lei Cao v. International Olympic Committee, award of 31 July 2017. Available at: [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Award\\_4974\\_\\_FINAL\\_.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Award_4974__FINAL_.pdf) (дата обращения: 12-10-2018)

определенные пробы для дополнительного анализа со стороны уполномоченной лаборатории.

3) Повторно проанализированные пробы оказались положительными, что привело к наложению на спортсменов спортивных (дисциплинарных) санкций.

4) Спортсмены обжаловали соответствующие решения в CAS.

Ниже мы приводим наиболее важные вопросы, которые были проанализированы при разрешении указанных споров.

**Вопрос №1:** Как следует трактовать несоответствия между результатами, полученными в двух разных лабораториях? Можно ли использовать противоречие между такими результатами не в пользу спортсмена?

CAS считает, что *выводы обеих лабораторий являются результатами применения аналитических инструментов и методов, доступных на дату соответствующего тестирования. Поэтому между ними нет противоречия.*

Однако вопрос в том, чтобы доказать, что такие аналитические инструменты и методы имелись на дату проведения соответствующего тестирования. Бремя доказывания лежит (или должно лежать) на спортивной организации. Именно она инициирует такой процесс. Одним из принципов стандарта доказывания является то, что сторона, утверждающая о чем-либо, несет бремя доказывания. Поэтому в данном случае спортивная организация должна доказать, что, во-первых, способ обнаружения запрещенной субстанции (метода) не был осуществлен во время первого тестирования, так как не был доступен, и, во-вторых, при первом тестировании вообще не было возможности обнаружить присутствия конкретной запрещенной субстанции (метода).

CAS в своем решении указывает, что «... сам факт, что запрещенные субстанции не были обнаружены во время отбора проб, и, следовательно, спортсмены не были наказаны в то время, *не влечет за собой каких-либо законных ожиданий того, что они не будут привлечены к ответственности на более позднем этапе*»<sup>45</sup>. Однако встает следующий вопрос, который требует разрешения: почему спортивные организации не делали подобной оговорки в момент формирования итогового протокола спортивного соревнования? По меньшей мере, это непоследовательно.

Спортивная организация должна действовать в соответствии с положениями ст. 3.1 Кодекса, которые предусматривают, что «... на Антидопинговую организацию возлагается бремя доказывания того, что нарушение антидопинговых правил имело место». Что еще важнее, неся бремя доказывания, организация должна продемонстрировать, что запрещенная субстанция

---

<sup>45</sup> Arbitration CAS 2017/A/4973 Chunhong Liu v. International Olympic Committee...; Arbitration CAS 2017/A/4974 Lei Cao v. International Olympic Committee...

(метод) не могла быть обнаружена в ходе первого тестирования и что наука неуклонно развивалась на протяжении многих лет. Согласно программе дополнительного анализа МОК Пекин–2008 и Лондон–2012, дополнительный анализ проб, отобранных во время Летних олимпийских игр 2008 г. в Пекине и 2012 г. в Лондоне, был выполнен с улучшенными аналитическими методами. Это позволило обнаружить запрещенные субстанции (методы), которые не могли быть идентифицированы после анализа, выполненного во время этих Олимпийских игр.

Как известно, «правило одной попытки» применимо к участию современных спортсменов в спортивных соревнованиях. Однако в настоящее время действует правило неограниченного количества допинг-тестов в пределах срока давности. По нашему мнению, *срок давности должен истечь, как только будут получены результаты допинг-тестирования*. Соответствующие поправки должны быть внесены в Кодекс. С этой даты спортивная организация больше не уполномочена проводить дополнительные анализы.

**Вопрос № 2:** Правомерно ли применять десятилетний срок для проведения дополнительного анализа?

CAS в своем решении указывает, что «... единоличный арбитр не находит никаких оснований для вывода о том, что восьмилетний срок давности был бы нарушением принципов права или швейцарского публичного порядка. Правила статьи 127 Кодекса Швейцарии об обязательствах предусматривают общий десятилетний срок давности для требований, вытекающих из договорных обязательств. По статье 97 Уголовного кодекса Швейцарии общий срок давности составляет десять лет, а для мелких уголовных преступлений — семь лет. Для того, чтобы иметь возможность дополнительного анализа, то есть *использовать усовершенствованные аналитические методы, требуется достаточное время, необходимое для введения в действие таковых*»<sup>46</sup>.

По нашему мнению, неправомерно наказывать спортсменов *ex-post facto*, когда соревнование закончилось. Теоретически процедура повторного тестирования могла бы быть применимой в спортивном сообществе, если бы она была понятной и прозрачной, т.е. *имелись бы убедительные и достаточные доказательства «усовершенствования аналитических методов», если бы спортивная организация могла описать и доказать, какие действия производятся с ранее отобранными пробами* и т.д. Главное — любая ссылка CAS на вышеупомянутый срок давности теряет юридическое значение, поскольку ВАДА применяет новые методы к ранее отобранным пробам, что *равносильно ретроспективному применению к сложившимся правоотношениям положений закона, ухудшающего положение субъектов*.

---

<sup>46</sup> Arbitration CAS 2017/A/4973 Chunhong Liu v. International Olympic Committee...

## Заключение

Уже давно настало время заняться решением действительно актуальных проблем спорта, не сводимых к извлечению прибыли. Процедуру привлечения спортсменов к ответственности следует строить на основе следующих постулатов, которые должны быть включены в положения Кодекса и нормативных документов спортивных организаций:

презумпция невиновности является принципом, который не может нивелироваться ни при каких обстоятельствах (по мнению С.А. Юрлова);

основанием любой ответственности должно быть совершение нарушения, расследованное и доказанное компетентным органом;

подозрения не являются и не могут быть основанием для наложения спортивных санкций на спортсмена, а тем более на неопределенный круг спортсменов, как это имело место по отношению к российским легкоатлетам;

наложение спортивной (дисциплинарной) санкции на заведомо невиновного спортсмена приводит к нарушению его прав и законных интересов. Пересмотр решения о наложении на него санкции, конечно, возможен, но вряд ли будет выполнять свою функцию, когда соревнования, на которых спортсмен намеревался выступить, уже закончились;

Для обеспечения прав всех спортсменов необходимо рассмотреть возможность установления сроков для оформления и утверждения официальных результатов соревнования. То есть спортсмены выступают на соревнованиях в определенных видах программы, далее объявляются промежуточные результаты и проводится проверка утверждений (*allegations*) и т.п. И *только потом коммуницируются официальные результаты*. Таким образом, награждение производится, когда все вопросы уже сняты.

Серьезность нарушений, выражающихся в манипулировании результатами и направленных против целостности и чистоты спорта (*integrity issues*), впервые была подчеркнута арбитражем в деле CAS 2009/A/1920<sup>47</sup>. Исходя из серьезности нарушения, необходимо установить факты, учитывая тяжесть выдвинутого обвинения и то, что при манипулировании как примере коррупции стороны всегда предпринимают трудноуловимые действия, чтобы избежать любой ответственности<sup>48</sup>. Именно такая характеристика обосновывает применение «баланса вероятностей» как стандарта доказывания в спорах о манипулировании результатами матчей, поддерживая УЕФА как сторону разбирательства, в распоряжении которой *a priori* меньше возмож-

<sup>47</sup> Arbitration CAS 2009/A/1920 FK Pobeda, Aleksandar Zabrcanec, Nikolce Zdraveski v. UEFA, award of 15 April 2010... Para 19.

<sup>48</sup> Arbitration CAS 2010/A/2172 O. v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA)... Para 54.

ностей для получения доказательств противоправных действий. Например, в деле CAS 2013/A/3256 арбитраж прямо признал, что со стороны УЕФА были только косвенные доказательства, подтверждающие факты, на которые опирается обвинение в манипулировании результатами матчей<sup>49</sup>. С учетом этих трудностей, связанных с доказыванием, CAS признал необходимым к применению в рассматриваемом споре «баланса вероятностей», при этом бремя доказывания нарушения всегда остается за УЕФА.

Арбитраж допускает использование в спортивных инстанциях при рассмотрении споров о манипулировании результатами любых доказательств, даже если они не были получены надлежащим образом и могут быть неприемлемы для гражданского или уголовного процесса национального правопорядка. Единственным препятствием для использования доказательств является противоречие основополагающим ценностям, которые отражены в швейцарском процессуальном законодательстве (т.е. по сути, противоречие публичному порядку)<sup>50</sup>. Решения государственных судов в пользу обвиняемых в манипулировании результатами официальных лиц клубов, основанные исключительно на процессуальном мотиве (изменении законодательства), не составляют противоречия положениям процессуального права Швейцарии. К примеру, основываясь на данной канве рассуждений, CAS счел запись телефонных разговоров допустимым доказательством ответственности клуба за манипулирование результатами в споре CAS 2014/A/3625<sup>51</sup>.

На примере споров о манипулировании результатами матчей можно отметить, что арбитраж признал независимость однотипных доказательств друг от друга даже в случае наличия недостатка одного из них, как это было продемонстрировано на примере качества записи и перевода телефонных переговоров. Кроме того, CAS не препятствует и обращению сторон к отдельным частям записей вне общего контекста, если это позволит прямо указать на конкретные факты, подлежащие доказыванию.

CAS и юрисдикционные органы УЕФА едины в мнении о неприменимости к частноправовым отношениям, которыми являются футбольные соревнования под эгидой УЕФА, включая дисциплинарную ответственность прямых и косвенных членов ассоциации, *норм ЕКПЧ* (не исключая гарантии презумпции невиновности) и национальных конституционных норм,

---

<sup>49</sup> Arbitration CAS 2013/A/3256 Fenerbahçe Spor Kulübü v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA)... Para 281.

<sup>50</sup> Arbitration CAS 2013/A/3297 Public Joint-Stock Company "Football Club Metalist" v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA) & PAOK FC... Para 8.11; Arbitration CAS 2014/A/3625 Sivasspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA)... Para 142; Arbitration CAS 2014/A/3628 Eskişehirspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA)... Para 130.

<sup>51</sup> Arbitration CAS 2014/A/3625 Sivasspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA)... Para 142.



практики их применения, направленных на защиту от публичного субъекта. Имплементированная в положения Дисциплинарного регламента УЕФА концепция строгой ответственности за поведение болельщиков, не предполагающая установления вины клубов, обосновывается CAS и другими юрисдикционными органами недоступностью для спортивной организации таких юридических инструментов, как поиск и привлечение к ответственности болельщиков-нарушителей.

Но строгая ответственность применяется и в ситуации манипулирования результатами матчей, соревнований, когда клуб отвечает за неправомерные действия своих официальных лиц, игроков и любых субъектов, которые на юридических основаниях выступают от его имени. К какой деятельности стимулирует УЕФА клубы при помощи института ответственности, не предполагающего установление вины клуба в манипулировании? В отличие от ответственности за поведение болельщиков, здесь официальные лица, игроки и любые аффилированные с клубом субъекты тоже отвечают за манипулирование в соответствии с положениями Дисциплинарного регламента УЕФА. Ответственность за факт манипулирования применяется и в отношении субъекта, и в отношении клуба. Поэтому затруднительно признать убедительной формулировку CAS и юрисдикционных органов: отсутствие механизмов привлечения перечисленных категорий лиц к ответственности обуславливает использование института ответственности клубов в качестве инструмента стимулирования к контролю исполнения своим персоналом и игроками требований, установленных спортивной организацией. В отличие от перечисленных лиц, клуб отвечает за неисполнение обязанности, которая возлагается на него Регламентом соревнования, об уведомлении УЕФА о любых подозрениях или фактах манипулирования. Почему в таком случае необходимо использовать концепцию строгой ответственности? Вполне очевидно, что УЕФА не сможет доказать вины клуба в неуведомлении УЕФА: в подавляющем большинстве случаев, как мы предполагаем, клубу не известны события, которые связаны с манипулированием результатами его персоналом, игроками. Тем более что CAS подчеркнул объективные трудности с выявлением таких нарушений.

При этом вполне логично, что со своими болельщиками клубу работать значительно сложнее в силу отсутствия между ними правовых отношений, чем со своим персоналом, игроками, состоящими в таких отношениях. Следовательно, строгая ответственность направлена не только на исключение «безответственности» за деяния, недопустимые в соответствии с регламентами УЕФА, но и на контроль клубов за соблюдением своими игроками и любыми иными аффилированными лицами требований регламентов о запрете участия в манипулировании результатами.

Отсутствие контроля, так же как и незаконное поведение болельщиков, означает безусловную ответственность, если только не будет доказано отсутствия факта манипулирования или поведения болельщиков, соответственно. Заметим, что существование строгой ответственности клубов за поведение болельщиков на настоящий момент не имеет альтернативы, пока не появится механизм, позволяющий УЕФА привлекать болельщиков к ответственности, что возможно только в национальном масштабе места проведения конкретного матча. Ответственность клубов за манипулирование, обоснованное недостаточным контролем за аффилированными лицами, уже не может быть мотивировано отсутствием у УЕФА легального механизма привлечения к ответственности субъектов, участвовавших в манипулировании.

Но, тем не менее при ином подходе клубы в большинстве случаев избежали бы ответственности в силу отсутствия с их стороны вины при манипулировании персоналом, игроками, результатами матчей/ соревнований. В таком случае мы можем заметить только одно, — если необходимо усиление работы с аффилированными лицами, и единственным способом принуждения клуба является его ответственность, наряду с ответственностью субъектов, вовлеченных в манипулирование, тогда почему УЕФА не установит аналогичную схему «двух субъектов ответственности» и в отношении нарушений антидопингового регулирования? Вряд ли серьезность такого нарушения ниже опасности манипулирования результатами. Поставленный нами вопрос заставляет задуматься об обоснованности применения строгой ответственности за пределами превенции неприемлемого поведения болельщиков.

CAS в своей практике использует ряд доказательств, не являющихся типичными для коммерческого арбитража: перекрестный допрос свидетелей посредством теле-конференцсвязи и телефона; использование «полиграфа» для проверки фактов, связанных с применением допинга; обращение к письменным показаниям свидетелей вместо их допроса; показания анонимных свидетелей; переписку в мессенджерах.

Федеральный (Верховный) суд Швейцарии в своих решениях подтверждает, что право стороны на представление свидетелей и доказательств применяется только в той мере, в которой соблюдены сроки и процессуальные требования<sup>52</sup>, что подтверждает практику CAS о невозможности «зарезервировать» право допросить ранее не заявленных свидетелей и экспертов в

---

<sup>52</sup> Решения Федерального (Верховного) суда Швейцарии по делу № 4A\_312/2012 от 1.10.2012. Available at: [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Bulletin201\\_2013.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulletin201_2013.pdf) (дата обращения: 12-10-2018), по делу № 4A\_274 от 5.08.2013. Available at: [http://www.swlegal.ch/getdoc/6071deaf-0729-4379-8538-36471c072ddf/2013\\_Nathalie-Voser\\_Jorn-Eschment\\_Swiss-Suprem-\(1\).aspx](http://www.swlegal.ch/getdoc/6071deaf-0729-4379-8538-36471c072ddf/2013_Nathalie-Voser_Jorn-Eschment_Swiss-Suprem-(1).aspx) (дата обращения 12-10-2018) и по делу № 4A\_162/2011 от 20.07.2011. Available at: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/20%20juillet%202011%204A%20162%202011.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

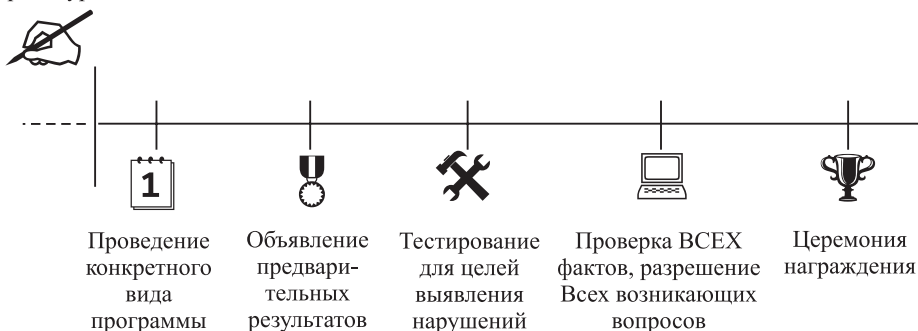
будущем<sup>53</sup>, кроме ситуации «исключительного обстоятельства» с поправкой на его понимание арбитражем.

На наш взгляд, чтобы обосновать положение ст. R57 Кодекса CAS, следует предусмотреть ее применимость только к тем случаям, когда оспариваемое решение было вынесено независимым национальным арбитражем, а не спортивной организацией. В рамках спортивной организации у стороны изначально мало возможностей представить свои интересы в полной мере, и спортсмен находится в существенно менее выгодном положении. Однако процент пересматриваемых решений национальных арбитражей существенно ниже, чем процент пересматриваемых решений спортивных организаций, потому наше предложение было бы равнозначно исключению ст. R57.

Известно, что правила нормативных документов спортивных организаций, включая положения Кодекса, основаны на бережно хранимом принципе автономии спорта. В любом случае такая автономия не должна приводить к нарушению прав и законных интересов спортсменов. Иными словами, давно назрела необходимость определить, в какой степени спортивные организации могут регулировать отношения в рамках своего вида спорта. Можно ли лишать спортсменов их основных прав, гарантированных положениями международных документов? Мы полагаем, что спортивные организации не имеют на это права, и считаем, что в любом случае положения Кодекса не могут противоречить основным принципам права и должны строго соответствовать положениям применимых международных документов, закрепляющих права человека.

Учитывая сложившееся положение, правила спортивных соревнований должны содержать положение, предписывающее, что результаты соревнований являются предварительными и подлежат утверждению ВАДА (как на рис. 2).

Предсоревновательные  
процедуры



**Рис. 2.** Спортивное соревнование: виды программы; тестирование; церемония награждения и процедура дополнительного анализа

<sup>53</sup> Arbitration CAS 2011/A/2681 KSV Cercle Brugge v. FC Radnicki...

В таком случае будут учитываться права и законные интересы спортсменов, принимающих участие в спортивных соревнованиях. Что еще важнее, они смогут ознакомиться с документами и материалами процедуры повторного тестирования и предъявить доказательства, опровергающие доказательства антидопинговой организации. Это будет означать, что и спортсмены, и спортивная организация имеют одинаковые процессуальные права, когда дело доходит до оспаривания утверждений и (или) доказательств другой стороны.



## Библиография

Беляев С.А. Актуальные вопросы международного спортивного арбитража (по материалам семинара Спортивного арбитражного суда) // Третейский суд. 2005. № 5. С. 94–95.

Вострикова Е.А. Правовое регулирование международного олимпийского спорта: частно-правовой аспект: дис. ... к.ю.н. М., 2012. 141 с.

Данилевич А.С., Ольховка Ф.К. Роль исключительных обстоятельств при разрешении споров в Спортивном арбитражном суде // Третейский суд. 2016. N 2/3. С. 163–170.

Пенцов Д.А. Развитие норм международного спортивного права в решениях Спортивного арбитражного суда и Федерального трибунала Швейцарии в 2016–2017 гг. Новые горизонты международного арбитража. Вып. 4. Под ред. А.В. Асоскова и др. М.: Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права, 2018. С. 180–214.0

Arroyo M. (ed.) Arbitration in Switzerland: practitioner's guide. Alphen an den Rijn: Kluwer Law International, 2013, 1489 p.

Beloff M., Kerr T., Demetriou M. Sports law. Portland: Hart, 1999, 309 p.

De La Rochefoucauld E. The taking of evidence before the CAS. CAS Bulletin 2015. No 1. [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Bulletin\\_2015\\_1\\_internet3.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulletin_2015_1_internet3.pdf) (accessed: 12-10-2018)

Fraport A. Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines. ICSID Case No. ARB/03/25. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0341.pdf> (дата обращения: 12-10-2018)

Kaufmann-Kohler G. Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? Arbitration International, no 3, 2007, pp. 365–366.

Martens D. CAS landmark decisions. The court of arbitration for sport. Blackshaw M. (ed.). The Hague: Kluwer Law International, 2006, 577 p.

Martens D. The role of the arbitrator in CAS proceedings. Reflections on how to prepare for and conduct a hearing of a CAS case. Munich: Martens Rechtsanwaelte, 2011, 22 p.

Mavromati D. The Panel's right to exclude evidence based on Article 57 Para 3 of CAS Code: a limit to CAS' full power of review? CAS Bulletin 2014, no 1. Available at: [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Bulletin\\_2014-1\\_final\\_II.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulletin_2014-1_final_II.pdf) (accessed: 12-10-2018)

Mavromati D., Reeb M. The Code of the Court of arbitration for sport: Commentary, cases and materials. Alphen an den Rijn: Kluwer Law International, 2015, 695 p.

Reeb M. (ed.) Digest of CAS Awards II 1998–2000. The Hague: Kluwer Law International, 2002, 900 p.

Reeb M. (ed.) Digest of CAS Awards I 1986–1998. The Hague: Kluwer Law International, 1998, 665 p.

Scherer M. Calling a witness (too) late in the proceedings'. Kluwer Arbitration Blog, 2011. September 15. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/09/15/calling-a-witness-too-late-in-the-proceedings> (дата обращения: 12-10-2018)

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 5**

### **Issues of Using Evidence and the Process of Proof in the Court of Arbitration for Sport (CAS)**



**Ilia Vasilyev**

Associate Professor, Department of History and Theory of Law, Saint Petersburg State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 7-9 Universitetskaya Embankment, Saint Petersburg 199034, Russian Federation. E-mail: i.vasilev@spbu.ru



**Sergey A. Yurlov**

Lawyer, National Association of Russian Sports Lawyers, Candidate of Juridical Sciences. Address: 22 Rublevskoye Highway, Moscow 121615, Russian Federation. E-mail: sergej.iurlov@yandex.ru



**Natalia Kisliakova**

Lawyer, KIAP Attorneys at Law, Candidate of Juridical Sciences. Address: 68/70 Butyrskiy Val Str., Moscow 127055, Russian Federation. E-mail: nk@kiaplav.ru



#### **Abstract**

Dispute resolution in the Court of Arbitration for Sport (hereinafter: "CAS") has certain specificity that makes CAS different not only from other institutions for sports disputes resolution but also from commercial and investment arbitration. The following research paper brings light to such specific issues related to CAS as to presumption of innocence in the area of sport, using different standards of proof ("comfortable satisfaction", "beyond reasonable doubts" and "balance of probabilities"), issue of using evidence obtained in an illegal way in match-fixing disputes. The authors also referred to the issues of certain arts of evidence that would be unusual for commercial arbitration, but which are commonly used in CAS, issues of not allowing new evidence in appeal proceedings, the issue of necessity to form lists of witnesses and experts at the earliest stages of the proceedings, issue of disclosure of evidence in CAS and possibility to use evidence obtained out of the given time limits. As for the methodology that the authors used, these widely spread in legal research methods include analysis of international legal sources, analysis norms of sports bodies, a decision of disciplinary bodies and CAS awards, making conclusions regarding certain issues and problems, defining the specificity of evidence and methods of proving in CAS. The conclusions proposed by the authors made help to form new approaches for implementation of a presumption of innocence principle in the area of sport and show an attitude of sports organizations and CAS towards certain remedies.



## Keywords

sports arbitration; CAS; evidences; presumption of innocence; standards of proof; disciplinary liability; sports liability.

**For citation:** Vasilyev I.A., Kisliakova N.N., Yurlov S.A. (2019) Issues of Using Evidence and Process of Proof in the Court of Arbitration for Sport (CAS). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 5, pp. 167–198 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.167.198



## References

Arroyo M (ed.) (2013) *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013. 1489 p.

Beloff M., Kerr T., Demetriou M. (1999) *Sports Law*. Portland: Hart, 1999. 309 p.

Belyaev S.A. (2005) Issues of international sports arbitration. *Treteyskiy sud*, no 5, pp. 94–95 (in Russian)

Danilevich A.S., Ol'khovka F.K. (2016) Exceptional circumstances in solving disputes in Sports Arbitration. *Treteyskiy sud*, no 2/3, pp. 163–170 (in Russian)

De La Rochefoucauld E. (2015) Taking of Evidence before the CAS. *CAS Bulletin* 2015, no 1. Available at: [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Bulletin\\_2015\\_1\\_internet3.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulletin_2015_1_internet3.pdf) (accessed: 12.10.2018).

Fraport A. (2010) Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, *ICSID Case No. ARB/03/25*. 2010. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0341.pdf> (accessed: 12.10.2018)

Kaufmann-Kohler G. (2007) Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? *Arbitration International*, no 3, pp. 365–366.

Martens D. (2006) *CAS Landmark Decisions. The Court of Arbitration for Sport*, Blackshaw M. (ed.). The Hague: Kluwer Law International, 577 p.

Martens D. (2011) *The Role of the Arbitrator in CAS Proceedings. Reflections on How to Prepare for and Conduct a Hearing of a CAS Case*. Munich: Martens Rechtsanwalte, 22 p.

Mavromati D. (2014) The Panel's right to exclude evidence based on Article 57 para. 3 CAS Code: a limit to CAS' full power of review? *CAS Bulletin* 2014/1. 2014. Available at: [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Bulletin\\_2014-1\\_final\\_II.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulletin_2014-1_final_II.pdf) (accessed: 12.10.2018)

Mavromati D., Reeb M. (2015) *The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials*. Alphen an den Rijn: Kluwer Law International, 695 p.

Pentsov D.A. Norms of international sport law in the Sport Arbitration and the Federal Tribunal in Switzerland in 2016–2017. *Novye gorizonty mezhdunarodnogo arbitrazha*, issue 4 (in Russian)

Reeb M (ed.) (2002) *Digest of CAS Awards II 1998–2000*. The Hague: Kluwer Law International, 900 p.

Reeb M. (ed) (1998) *Digest of CAS Awards I 1986–1998*. The Hague: Kluwer Law International, 665 p.

Scherer M. (2011) Calling a witness (too) late in the proceedings'. *Kluwer Arbitration Blog*. September 15. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/09/15/calling-a-witness-too-late-in-the-proceedings> (accessed: 12.10.2018)

Vostrikova E.A. (2012) Legal regulation of international Olympic sport. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 141 p. (in Russian)

# О зарубежном опыте правового регулирования деятельности частных военных и охранных компаний

---



**Н.А. Рыжов**

Министерство иностранных дел Российской Федерации. Адрес: 119200, Российская Федерация, Москва, Смоленская-Сенная пл., 32/34. E-mail: [nickolay.ryzhov@mail.ru](mailto:nickolay.ryzhov@mail.ru)

---



## **Аннотация**

В настоящее время в вооруженных конфликтах все более значимую роль играют частные военные и охранные компании (ЧВОК). В связи с этим обоснованно возникают вопросы о законности их деятельности, а также способах правового регулирования. В ряде исследований зарубежных и российских специалистов, посвященных особенностям функционирования ЧВОК в зонах вооруженных конфликтов, отмечаются серьезные и, фактически неразрешимые проблемы в области правового регулирования указанных коммерческих организаций, которые в настоящее время действуют в правовом вакууме, выходящем за рамки международного права, законов «государств-контрагентов» и «государств происхождения ЧВОК». Примером сказанного могут служить случаи, когда сотрудники ЧВОК, являясь лицами, работающими за вознаграждение, оказываются в центре международных скандалов, связанных с расстрелами мирных граждан, пытками заключенных, контрабандой оружия и иными преступлениями. Параллельно с этим нередки случаи, когда сами сотрудники ЧВОК становятся жертвами вооруженных конфликтов, в которых они принимают непосредственное участие. Указанный факт создает препятствия осуществлению социальных выплат семьям погибших, а также подтверждению самого факта участия погибшего в вооруженных конфликтах в рядах сотрудников ЧВОК. С учетом того, что в России до сих пор не решен вопрос создания законодательной базы регулирования ЧВОК, автор полагает, что в рамках работы над решением поставленной руководством страны задачи по созданию законодательной базы регулирования деятельности ЧВОК, рациональнее всего провести анализ международно-правовых инструментов, а также зарубежного опыта правового регулирования ЧВОК. Это будет способствовать решению вопроса о формировании структуры правового регулирования «частной военной силы» в нашей стране. При этом необходимо подчеркнуть, что качественное правовое обеспечение деятельности ЧВОК является проблемой как государств, на территории которых действуют частные военные компании, так и международного права в целом. В статье рассмотрена история возникновения и функционирования ЧВОК, проанализирована наработанная международным сообществом нормативная база в области правового регулирования частных военных и охранных компаний, отмечены наиболее рациональные пути регулирования деятельности ЧВОК.

---



## Ключевые слова

частные военные компании, частные охранные компании, регулирование ЧВОК, правовые аспекты регулирования, история возникновения частной военной силы, зарубежный опыт регулирования ЧВОК.

---

---

**Для цитирования:** Рыжов Н.А. О зарубежном опыте правового регулирования деятельности частных военных и охранных компаний // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 199–214.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.199.214

## Введение

Наблюдаемая в настоящее время картина позволяет сделать вывод, что государство больше не является единственным участником мировой политики. На передний план выступают такие международные акторы, как межправительственные и неправительственные организации, транснациональные корпорации, политические и социальные движения и т.п.» [Цыганков П.А., 2003: 23], что, в свою очередь усложняет характер международных конфликтов, поскольку ввиду большого числа их участников сторонам труднее достичь урегулирования. Истории известны факты, когда крупные иностранные компании предпринимали попытки вмешательства во внутренние дела «принимающей страны» («Юнион Миньер», АРАМКО, «Юнайтед Фрут Компани», «Ирак Петролеум Компани», «Бритиш Петролеум») не без участия наемников и частных охранных подразделений компаний. Это подтверждает тезис о том, что «легитимность большинства транснациональных акторов основана на универсальной, региональной, отраслевой, партикулярной полезности» [Кузнецов И., 1999: 122].

Со времени окончания «холодной войны» в конфликты было вовлечено более 300 различных акторов. Среди них более 80 государств, а также региональные международные организации — НАТО, Группа военных наблюдателей Экономического содружества Западной Африки (ЭКОМОГ) и т.д. [Панова В.В., 2005: 8].

В условиях изменения характера современных вооруженных конфликтов, где имеет место так называемая гибридная война (hybrid warfare) — «современный вид партизанской войны, который объединяет современные технологии войны с использованием нерегулярных вооруженных формирований. Государства совершают сделки с негосударственными исполнителями — боевиками, группами местного населения, организациями, связь с которыми формально полностью отрицается» [Демидов А., 2016: 53], а также при-



бегают к помощи частных военных и охранных компаний (далее — ЧВОК (PMSCs — private military and security companies). ЧВОК — это «компании, которые предоставляют все виды услуг по оказанию помощи, обучению и консультированию по вопросам безопасности и услуг по обеспечению охраны, т.е. начиная с оказания невооруженной материально-технической поддержки и кончая предоставлением вооруженных охранников, и компании, которые участвуют в оборонительных или наступательных военных и (или) связанных с обеспечением охраны в операциях, особенно в районах вооруженных конфликтов и (или) в контексте постконфликтных ситуаций»<sup>1</sup>.

Указанные изменения стали стимулами для государств-контрагентов и международного сообщества по поиску и разработке инструментов правового регулирования деятельности ЧВОК, в частности:

назначение в 1987 году специального докладчика Комиссии по правам человека ООН с целью изучения вопросов, связанных с использованием наемников как средства нарушения прав человека и противодействия осуществлению права народов на самоопределение (резолюция 1987/16)<sup>2</sup>;

разработка и принятие резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 44/34 от 04.12.1989 Международной конвенции о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников;

инициатива правительства Великобритании по усилению контроля за деятельностью ЧВОК (Green Paper 2002);

разработка «документа Монтре», который был создан именно с целью «напомнить о некоторых существующих международно-правовых обязательствах государств, касающихся частных военных и охранных компаний»<sup>3</sup>;

разработка и принятие Международного кодекса поведения частных охранных компаний (International Code of Conduct for Private Security Service Providers; IcoC)<sup>4</sup>;

принятие Европейским парламентом резолюции 2010/ INI о разработке общей оборонной политики и политики в области безопасности.

---

<sup>1</sup> Доклад рабочей группы по использованию наемников как средства нарушения прав человека и противодействия осуществлению права народов на самоопределение. Поощрение и защита всех прав человека, гражданских, политических, социальных и культурных прав, включая право на развитие. Документ ООН A/HRC/7/7. 9.01.2008. С. 4.

<sup>2</sup> Сорок третья сессия Генеральной Ассамблеи ООН/A43/632 от 03.10.1988. П. 96 повестки дня. Значение Всеобщего осуществления права народов на самоопределение и скорейшего предоставления независимости колониальным странам и народам для эффективной гарантии и соблюдения прав человека. ООН Генеральная Ассамблея. E/CN.4/1988/14. П. 8-19. С. 3.

<sup>3</sup> Документ Монтре. О соответствующих международно-правовых обязательствах и передовых практических методах государств, касающихся функционирования частных военных и охранных компаний в период вооруженного конфликта. МККК. Берн, 2011. С. 11.

<sup>4</sup> Foreign Fighters under International Law. Academy Briefing No 7. Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. October 2014. P. 5.

Анализ опыта работы ЧВОК за рубежом, в частности, в США, показывает, что коммерческая деятельность таких компаний приносит многомиллионные доходы. «Объемы мирового рынка ЧВК огромны: только по подсчетам некоммерческой организации War on Want рынок услуг «военного консалтинга» имеет годовой оборот от \$100 млрд. до \$400 млрд.»<sup>5</sup>, а сами компании интегрируются в сети и структуры, которые включают правительства, международные организации, неправительственные организации, ТНК и пр. [Небольсина М.А., 2014: 26]. Одновременно с этим использование частных военных компаний позволяет государствам решать стратегические задачи без прямого использования регулярных вооруженных сил.

Таким образом, актуальность данного вопроса обусловлена тем обстоятельством, что в настоящее время участие сотрудников частных военных и охранных компаний в вооруженных конфликтах становится обыденностью, а в вопросах их регулирования остается много неразрешенных моментов. Отсутствие правовых рамок деятельности ЧВОК создает непосредственную угрозу жизни, здоровью, правам и свободам граждан тех стран, в которых действуют частные военные и охранные компании, включая самих сотрудников ЧВОК.

Указанные проблемы объясняют необходимость анализа международно-правовых инструментов, а также зарубежного опыта ряда иностранных государств, в частности, США в области правового регулирования ЧВОК для его использования в работе по созданию законодательной базы регулирования исследуемой сферы в России.

## **1. История возникновения и функционирования частных военных и охранных компаний**

Раскрывая вопрос истории возникновения и функционирования частных военных и охранных компаний необходимо начать с периода окончания Второй Мировой войны. Именно в этот период полковник Д. Стирлинг организовал специальную авиадесантную службу (SAS), которая получила боевое крещение в так называемом «Йеменском деле» — секретной операции Великобритании по оказанию силовой поддержки роялистам в Йемене. В непосредственные задачи SAS входили сбор и обработка разведывательной информации, обучение роялистов ведению боевых действий, поставки вооружения и т.д. Работа на данном направлении осуществлялась в тесном взаимодействии с MI-6, которая координировала поставки в Йемен вооружения и личного состава. Примечательно, что активная работа SAS велась

---

<sup>5</sup> Available at: URL: <http://www.forbes.ru/biznes/357417-chuzhaya-voyna-kak-zarabatyvayut-chastnye-voennye-kompanii> (дата обращения: 25-11-2018)

на фоне абсолютно безобидных заявлений руководства Великобритании о невмешательстве в дела суверенных государств. В частности, 14.05.1964 Премьер-министр Соединенного Королевства А. Дуглас-Хьюм сообщил Парламенту: «Наша политика в отношении Йемена — это политика невмешательства в дела этой страны. Поэтому мы не поставляем оружие роялистам в Йемене, вопреки пропаганде (!) египтян»<sup>6</sup>.

Далее, в 1967 году Стирлинг зарегистрировал первую частную военную компанию Watchguard International (WI), приоритетным направлением которой стала работа на союзные Лондону правительства и на международные организации [Коновалов И.П., Валецкий О.В., 2013: 9]. Несложно заметить, что в тот период времени основной задачей создания ЧВОК было их активное использование спецслужбами для решения геополитических задач за рубежом. Непосредственными руководителями ЧВОК на тот момент были лица, приближенные к руководству страны. Однако все изменилось с момента окончания холодной войны, когда произошло серьезное сокращение контингента военнослужащих в армиях многих государств. Наряду с наемничеством со второй половины XX века в мире начался бурный рост индустрии военно-силового бизнеса, что в свою очередь способствовало рождению и росту в количественном отношении ЧВОК [Небольсина М.А., 2014: 44].

Как отмечает В. Неелов, основные факторы, способствовавшие бурному развитию рынка ЧВОК в этот период (т.е. 1990-е годы), можно разделить на внешнеполитические/международные процессы рассматриваемого периода и на внутренние преобразования, которые шли на Западе [Неелов В.М., 2013: 18]. В результате окончания холодной войны началось сокращение военных бюджетов и численности вооруженных сил. В результате на рынок было «выброшено» огромное количество профессиональных военных различных званий и уровня профессиональной подготовки, которым трудно было найти себе место в новых условиях.

При этом «задачи вооруженных сил этих стран хотя и видоизменились, но не уменьшились, а в ряде случаев и возросли» [Уваров Н.М., 2009: 13]. Как становится ясно, в условиях, когда армии и бюджеты сокращаются, одним из наиболее перспективных вариантов компенсации этого сокращения видится привлечение частных военных структур. Выгода заключается в том, что в таком случае государство не тратит средства на поддержание огромной армии в условиях, когда применять ее не планируется.

Указанные тезисы в целом раскрывают сам смысл создания и существования ЧВОК вплоть до наших дней. Помимо этого, необходимо отметить, что, как и в период холодной войны, так и по его окончанию основной ин-

---

<sup>6</sup> Available at: URL: <http://lawinrussia.ru/content/taynaya-britanskaya-voyna-v-yemene> (дата обращения: 24-08-2018)

терес к ЧВОК был именно со стороны государств. В связи с этим не поддается сомнению тот факт, что помимо коммерческой выгоды, ЧВОК являются непосредственными участниками проводимой заинтересованными государствами внешней политики в регионах со неустойчивой внутривластной обстановкой (таковы многие страны Африки, Ближнего Востока и т.д.).

В книге «Эволюция частных военных компаний» ее авторы отмечают, что «в США частный военный бизнес начал формироваться на другой основе. ЦРУ и Пентагон нуждались в услугах не классических наемников-боевиков, а прежде всего в технических специалистах. Это стало прообразом нынешнего частного военного аутсорсинга. Новые компании являлись ЧВК не в традиционном смысле, а представляли собой гражданские организации, нанимаемые с определенными целями» [Коновалов И.П., Валецкий О.В., 2013].

Как отмечают авторы, «одной из первых «под крышей» ЦРУ была организована авиакомпания Air America, которая с 1959 по 1975 годы выполняла самые разнообразные поручения Лэнгли в Юго-Восточной Азии, а строительные фирмы Vinnell Pacific и Architects & Engineers сооружали во Вьетнаме базы и военные тюрьмы, участвовали в «деликатных операциях». Во время войны в Персидском заливе в 1991 году соотношение гражданских контрактников и военнослужащих США было уже 1:50, но большинство из них представляли не военные, а обычные частные фирмы. На коммерческие авиакомпании, такие как Evergreen и Southern Air Transport, приходилось 65% всех перевозок войск и грузов. Вся тыловая поддержка армии Саудовской Аравии осуществлялась частными подрядчиками из США. После войны американские частные фирмы начали работать почти во всех силовых структурах Саудовской Аравии: BDM International — ВВС и сухопутные войска, Booz Allen Hamilton — морская пехота и военные колледжи, Science Applications International Corporation — флот и ПВО, O'Gara Protections Services — силы безопасности» [Коновалов И.П., Валецкий О.В., 2013: 14].

Самая известная американская компания по корпоративному наемничеству — Military Professional Resources Incorporated (MPRI), основанная в 1987 году, имеет в составе руководства ряд американских генералов в отставке, в который также входит бывший командующий сухопутными силами США. Генерал-лейтенант Г. Сойстер — вице-президент компании MPRI — утверждает, что компания не оказывает услуг боевого характера, а занимается только техническим обучением. MPRI работает с одобрения Военного министерства США и оказывает спектр военных услуг, а также услуг в области безопасности, включая контроль над сербской границей и обучение боснийских и хорватских войск. MPRI поставляет инструкторов и экспертов по разработке доктринальной документации армии США, оказывает ряд услуг военного характера, а также услуг по обучению персонала правоохрани-

тельных органов США. Также MPRI работала в Грузии, обучая в 2008 году грузинских военных [Колесниченко О., 2009: 9]. Тем не менее услуги ЧВОК в вооруженных конфликтах стоят Соединенным Штатам гораздо больше, нежели использование для вышеуказанных целей военнослужащих регулярных воинских соединений. Так, по оценкам Главной бухгалтерской службы США (U.S. General Accounting Office), услуги одного инструктора компании MPRI обходятся бюджету США в 10 тыс. долл. в год [Avant D., 2004: 155].

В связи с этим необходимо отметить, что работа ЧВОК за рубежом приносит существенные доходы их владельцам и служащим. Сотрудники указанных компаний осознанно идут на риск, выполняя возложенные на них контрактные обязательства в «горячих точках», а вооруженные силы имеют возможность передать часть своих обременительных функций, требующих затрат сил и средств, аутсорсинговым компаниям, которые на договорной основе выполняют взятые на себя обязательства.

## **2. Правовые особенности функционирования частных военных и охранных компаний**

Рассматривая вопрос функционирования частных военных и охранных компаний с правовой точки зрения, необходимо отметить, что ЧВОК можно условно разделить на четыре типа:

1) компании военных услуг (*military provider company*) предоставляют клиентам тактическую поддержку в ходе боевых действий, включая непосредственно участие в боевых операциях;

2) консалтинговые компании (*military consulting company*) консультируют по вопросам стратегического планирования, реформирования вооруженных сил, непосредственно содействуют в тренировках армейских подразделений, в обучении работе с новыми вооружениями;

3) логистические компании (*military support company*) занимаются тыловым снабжением войск и строительством военных объектов. В эту же группу входят и компании, обслуживающие армейские компьютерные системы или новые сложные системы вооружений;

4) частные охранные компании (ЧОК) или компании по безопасности (*private security companies*). Их сфера — кризисный менеджмент, оценка рисков, консалтинг по безопасности, охрана объектов, предоставление телохранителей, разминирование, обучение армии и полиции [Коновалов И.П., Валецкий О.В., 2013: 61].

Общей проблемой в функционировании перечисленных выше видов ЧВОК можно считать отсутствие единого термина, описывающего деятельность ЧВОК, который подходил бы к каждому типу компаний, оказываю-

щих коммерческие услуги в военной сфере. Также не решена проблема статусов сотрудника ЧВОК — комбатанта и сотрудника ЧВОК — гражданского лица, служащего аутсорсинговой компании. По мнению А.Н. Михайленко, «многие из предлагаемых на сегодняшний день терминов являются излишне широкими, либо детализированными, но не охватывают всю специфику деятельности интересующих нас предприятий» [Михайленко А.Н., 2010: 16].

Принимая во внимание, что сфера коммерциализации военных услуг стремительно развивается, в целях решения вопроса по поиску способов ее регулирования в ООН была создана специальная Рабочая группа «По вопросу об использовании наемничества как средства нарушения прав человека и противодействия праву народов на самоопределение». Рабочая группа, проанализировав ситуацию с международной деятельностью ЧВОК, обратила внимание общественности на факты участия в «приватизации применения силы» не только лицензированных компаний, но и индивидуальных наемников, а также незаконных вооруженных формирований. Особую озабоченность группы также вызывает трудность юридического разграничения правового режима деятельности ЧВОК от наемнической деятельности. В связи с этим в докладе группы был сделан акцент на необходимости изучения и правовой квалификации всеобъемлющего режима надзора и регулирования деятельности ЧВОК, чтобы обеспечить соблюдение сотрудниками указанных коммерческих компаний национальных законов стран происхождения или транзита, прав человека, а также гуманитарного права в целом, включая государственный суверенитет.

Принципиальным пунктом доклада Рабочей группы ООН «По вопросу об использовании наемников как средства нарушения прав человека и противодействия праву народов на самоопределение» является неучастие частных военных и охранных компаний в любой деятельности, направленной на свержение законных правительств или органов власти, насильственное изменение международно-признанных границ или установление иностранного контроля над природными ресурсами [Всеволодз А.Г., 2012: 8]. Параллельно с этим Рабочая группа подчеркнула необходимость контроля над приобретением и использованием вооружения, боеприпасов, а также надлежащим, санкционированным и соразмерным применением силы.

Указанные выше требования Рабочей группы ООН, безусловно, отражают глубокую озабоченность международного сообщества бесконтрольным по сути участием ЧВОК в вооруженных конфликтах, однако не отражают конкретных шагов по их реализации. Вместе с тем ряд требований имеет безальтернативный характер. В частности, не подлежит сомнению необходимость введения подотчетности ЧВОК правительствам стран происхождения (регистрации) и стран осуществления деятельности. Работа коммерческих

структур должна осуществляться путем создания действенных механизмов их мониторинга и лицензирования.

### **3. Анализ международно-правовой базы регулирования частных военных и охранных компаний**

Анализируя международную нормативно-правовую базу, целесообразно также раскрыть определение наемничества, которое фигурирует в Дополнительном протоколе к Женевским конвенциям от 12.08.1949, касающемся защиты жертв международных вооруженных конфликтов от 8.06. 1977 (Протокол I). В частности, в ст. 47 Протокола указано: «Наемник — это любое лицо, которое:

- а) специально завербовано на месте или за границей для того, чтобы сражаться в вооруженном конфликте;
- б) фактически принимает непосредственное участие в военных действиях;
- в) принимает участие в военных действиях, руководствуясь, главным образом, желанием получить личную выгоду, и которому в действительности обещано стороной или по поручению стороны, находящейся в конфликте, материальное вознаграждение, существенно превышающее вознаграждение, обещанное или выплачиваемое комбатантам такого же ранга и функций, входящим в личный состав вооруженных сил данной стороны;
- г) не является ни гражданином стороны, находящейся в конфликте, ни лицом, постоянно проживающим на территории, контролируемой стороной, находящейся в конфликте;
- д) не входит в личный состав вооруженных сил стороны, находящейся в конфликте;
- е) не послано государством, которое не является стороной, находящейся в конфликте, для выполнения официальных обязанностей в качестве лица, входящего в состав его Вооруженных сил»<sup>7</sup>.

Примечательно, что, несмотря на четкое определение наемничества в ст. 47 Дополнительного протокола, специальный докладчик ООН Э. Балльестересе выявил факты, связанные с отсутствием надлежащего, четкого и всеобъемлющего юридического определения понятия «наемник», а также, что в международно-правовом законодательстве «имеются пробелы в том, что касается необходимости учета таких факторов, как гражданство, место постоянного проживания и их изменение для сокрытия статуса наемника; уча-

---

<sup>7</sup> Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12.08.1949, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов. Женевские конвенции от 12.08. 1949 и Дополнительные протоколы к ним. 5-е изд., доп. Женева: Международный Комитет Красного Креста, 2011. С. 235.

стие наемников в незаконной торговле или в организованной преступности; и, наконец, их участие в террористических актах»<sup>8</sup>.

В рамках подготовленного Бальтестерезе доклада по итогам 16-летней работы в области вопросов, связанных с наемнической деятельностью, специальный докладчик отметил, что в «теоретическом и практическом плане под «наемником» понимаются лица, имеющие военные профессии, которые за плату предлагают свои профессиональные услуги для участия в преступной деятельности. Как правило, наемническая деятельность используется для участия в вооруженном конфликте в стране, отличной от страны происхождения»<sup>9</sup>. В связи с этим «наемническую деятельность необходимо рассматривать как отдельное преступление, подлежащее преследованию на международном уровне, поскольку она сопряжена не только с нарушением прав человека, но и затрагивает право народов на самоопределение», а также предложено квалифицировать такую деятельность «в качестве скрываемого преступления, когда доказывается, что она является следствием третьей стороны, которая прибегает к услугам наемников для осуществления акта вмешательства в дела другого государства»<sup>10</sup>.

Рассматривая опыт регулирования ЧВОК в США, необходимо отметить, что в настоящее время эта страна занимает лидирующие позиции по использованию частной военной силы за рубежом. Согласно данным, опубликованным Центральным командованием США (*US CENT COM*), по состоянию на апрель 2018 г. в Афганистане, Ираке, Сирии, а также иных зонах вооруженных конфликтов по контрактам по линии *USCENTCOM* работали 46 777 человек — сотрудников ЧВОК, из них 20 733 человека — граждане США, 19 514 — граждане третьих стран, 6 530 — местные жители<sup>11</sup>. В процентном соотношении, к примеру, в зонах вооруженных конфликтов в Ираке и Сирии используются следующее количество сотрудников: 1) основные силы / Base Support — 1047 (19%); 2) строительство / Construction — 447 (8,1%); 3) обеспечение и поддержание работы коммуникаций / IT/ Communications Support — 266 (4,8%); 4) логистика / Logistics/Maintenance — 1716 (31,2%); 5) администрирование и менеджмент / Management/Administrative — 284 (5,2%); 6) медицинское, социальное обслуживание / Medical/Dental/Social Services — 13 (0,2%); 7) безопасность / Security — 35 (6,5%); 8) инструкторы / Training — 25 (0,5%); 9) переводчики, лингвисты / Translator/Interpreter —

---

<sup>8</sup> Там же. Раздел 5, п. 40.

<sup>9</sup> Там же. Раздел 5, п. 43 f.

<sup>10</sup> Там же. Раздел 5, п. 43 c, d.

<sup>11</sup> Contractor Support of U.S. Operations in the US CENT COM Area of Responsibility to Include Iraq and Afghanistan. 2018. Department of Defense Arms (DOD). ODASD Logistics. P. 1.



828 (15%); 10) транспортировка и перевозки / Transportation — 458 (8,3%); 11) прочее / other — 65 (1,2%). Итого 5508 человек — сотрудников ЧВОК<sup>12</sup>.

Несмотря на значительное количество граждан США — сотрудников ЧВОК, законодательная база Соединенных Штатов регулирует лишь малую толику из обширных функциональных обязанностей сотрудников ЧВОК, а также деятельности самих компаний в целом. Отсутствие должного уровня регулирования деятельности ЧВОК в США стало катализатором широко-масштабных нарушений сотрудниками американских частных военных и охранных компаний международного права и законов страны пребывания, что, в свою очередь, вынудило ряд государств в оперативном порядке разрабатывать и использовать методы регулирования ЧВОК в своих странах.

Как пишет А.Г. Всеволодз, «в 2009 году между Ираком и Соединенными Штатами Америки было подписано Соглашение о статусе вооруженных сил (The Status of Forces Agreement — SOFA), в котором предпринята попытка регулирования американских частных военных охранных предприятий (ЧВОП) на территории Ирака». Автор подчеркивает тот факт, что в рамках поиска способов регулирования деятельности зарубежных частных военных и охранных компаний, «отдельные государства, в которых действуют ЧВОП, заключают двусторонние соглашения с государствами происхождения таких предприятий для организации контроля за их деятельностью на своей территории и установления собственной юрисдикции в отношении лиц из числа персонала ЧВОП, совершающих преступления в отношении местного населения» [Всеволодз А.Г., 2012: 239]. Таким образом, приходится отметить эффективность «процедуры лицензирования, которая позволила бы создать реестр частных военных и охранных компаний и понять характер их деятельности на территории того или иного государства» [Небольсина М.А., 2010: 204].

Параллельно с этим в разработанном Рабочей группой ООН проекте Конвенции регулирования ЧВОК дается определение режиму лицензирования, под которым понимаются «мероприятия, связанные с предоставлением лицензий, переоформлением документов, подтверждающих наличие лицензий, приостановлением действия лицензий в случае административного приостановления деятельности лицензиатов за нарушение лицензионных требований и условий, возобновлением или прекращением действия лицензий, аннулированием лицензий, контролем лицензирующих органов за соблюдением лицензиатами при осуществлении лицензируемых видов деятельности соответствующих лицензионных требований и условий, ведением реестров лицензий, а также с предоставлением в установленном порядке заинтересованным лицам сведений из реестров лицензий и иной информации о лицензировании» [Небольсина М.А., 2010: 205].

<sup>12</sup> Ibidem.

В рамках работы по формулированию единого определения ЧВОК, целесообразно рассмотреть «документ Монтре», в котором было сформулировано определение частной военной и охранной компании. Согласно Документу под ЧВОК понимаются «частные предпринимательские субъекты, которые оказывают военные или охранные услуги независимо от того, как они себя характеризуют. Их услуги включают, в частности, вооруженную охрану и защиту людей, объектов, техническое обслуживание и эксплуатацию боевых комплексов, содержание под стражей заключенных, консультирование или подготовку местных военнослужащих и охранников».

Документ содержит порядка 70 рекомендаций по регулированию деятельности ЧВОК. Были обозначены три группы государств: государства-контрагенты, государства территориальной юрисдикции и государства происхождения ЧВОК. В указанном Документе также обозначены некоторые особенности получения ЧВОК разрешения (лицензии) на деятельность в на территории иностранного государства. Примером реализации указанных в Документе методов служит Афганистан, где был разработан и принят «Порядок регулирования деятельности частных военных и охранных компаний на территории Афганистана» (*Procedure for regulating activities of private military and security companies in Afghanistan*).

Результатом достигнутых юридических соглашений стало формирование критериев, которым должны соответствовать зарубежные ЧВОК, в частности, американские, чтобы получить лицензию на деятельность на территории Афганистана, где в соответствии с Документом о регулировании ЧВОК органом, уполномоченным на меры регулирования и контроля деятельности частных военных и охранных компаний, является Министерство внутренних дел данной страны.

В соответствии с другим нормативным документом (*Procedure for regulating activities of private military and security companies (PMSC) in the territory of Afghanistan*), для осуществления своей деятельности ЧВОК должны пройти процедуру многоступенчатого лицензирования. В частности, «заявления на получение или продление лицензий проходят четыре этапа: 1) подготовки документов и информации; 2) представление документов; 3) проверка документов; 4) вынесение решения советом (либо отказ в лицензировании, либо положительное решение и дальнейшее одобрение Высшим координационным советом министров и выдача лицензии» [Небольсина М.А., 2010: 178].

## **Заключение**

Подводя итог анализу рассматриваемых вопросов, необходимо отметить, что в отсутствие международных и национальных правовых норм, которые

определяли бы правовое положение ЧВОК, могут пострадать права и свободы как граждан стран, в которых действуют иностранные частные военные и охранные компании, так и сами сотрудники ЧВОК. В связи с этим принципиально значимым моментом в определении порядка регулирования ЧВОК в России является необходимость устойчивых международных определений, позволяющих прийти к консенсусу по вопросу имплементации и использования соответствующих правовых терминов с целью разграничить деятельность ЧВОК и наемничество, под которым согласно ст. 359 Уголовного кодекса Российской Федерации понимается «вербовка, обучение, финансирование или иное материальное обеспечение наемника, а равно его использование в вооруженном конфликте или военных действиях»<sup>13</sup>.

Указанные дискуссии, включая выработку основных направлений регулирования деятельности ЧВОК, должны проводиться в рамках авторитетных международных организаций (прежде всего ООН), так как «наличие национальной законодательной базы и является необходимым условием деятельности ЧВОП, но поскольку частные военные и охранные предприятия ныне с легкостью могут переносить свою деятельность из страны в страну, изолированные попытки создать национальную законодательную базу будут иметь лишь ограниченный эффект» [Всеволодз А.Г., 2012: 239].

В целях выработки действенных способов регулирования ЧВОК целесообразно также опираться на разработанный российскими экспертами проект «Международной конвенции о частных военных и охранных предприятиях»<sup>14</sup>, в котором сформулированы основополагающие принципы регулирования ЧВОК:

подтверждение и укрепление принципа ответственности государств за применение силы и утверждение монополии государства на легитимное использование силы;

определение функций, которые относятся к исключительной компетенции государства и не могут быть переданы государством никому ни при каких обстоятельствах;

формирование международно-правовых основ деятельности ЧВОП;

содействие международному сотрудничеству государств в лицензировании и регулировании деятельности ЧВОП;

создание и обеспечение функционирования мониторинга деятельности ЧВОП.

---

<sup>13</sup> Ст. 359 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 02.12.2019) // СПС Консультант Плюс.

<sup>14</sup> Доклад Рабочей группы по использованию наемников как средства нарушения прав человека и противодействия осуществлению права народов на самоопределение. Приложение. Документ ООН A/HRC/15/25. 5 July 2010.

Одновременно с этим, опираясь на методические рекомендации документа Монтре, а также практические методы лицензирования, необходимо передать указанные функции какой-либо государственной структуре, в частности, Министерству обороны России. Помимо прочего, в задачи специализированного органа должны входить выдача лицензий, контроль за соблюдением компаниями своих обязательств, координация работы ЧВОК с иностранными государствами. Налаженное качественное взаимодействие двух сторон позволит повысить эффективность работы ЧВОК, избежать международных скандалов, а также поможет осуществлять правовой мониторинг деятельности российских ЧВОК. Одновременно с этим, по мнению автора, необходимо учредить международный судебный орган, курирующий вопросы деятельности ЧВОК в соответствии с международным правом и законами государств-контрагентов.



### Библиография

Avant D. The Privatization of Security and Change in the Control of Force. *International Studies Perspectives*, vol. 5, 2004, pp. 15–20.

Всеволодз А.Г. Международно-правовое регулирование деятельности частных военных и охранных предприятий (ЧВОП): современный этап международного правотворчества // Библиотека криминалиста. 2012. № 1. С. 233–251.

Демидов А. Национальная безопасность // Экономическая стратегия. 2016. № 2. С. 54–59.

Колесниченко О. Вне закона. Британский МИД отпускает частные военные компании в саморегуляцию // Военно-промышленный курьер. 2009. № 35. С. 1–9.

Коновалов И.П., Валецкий О.В. Эволюция частных военных компаний. Пушкино: Центр стратегической конъюнктуры, 2013. 138 с.

Кузнецов И.И. Транснациональные отношения в системе государств: партнёрство или новый виток соперничества? // Космополис. 1999. № 3. С. 122–126.

Михайленко А.Н. Регулирование деятельности частных военных и охранных компаний в зонах вооруженных конфликтов. М.: РАГС, 2010. 156 с.

Небольсина М.А. Идеиные и теоретические предпосылки выработки международного законодательства в области регулирования деятельности частных военных и охранных компаний // Мир и согласие. 2010. № 3. С. 10–31.

Небольсина М.А. Феномен частных военных и охранных компаний: проблемы легитимности // Ежегодник ИМИ. 2014. № 3–4. С. 196–205.

Небольсина М.А. Частные военные и охранные компании в Ираке и Афганистане: аспекты деятельности и механизмы контроля // Ежегодник ИМИ. 2012. № 16. С. 288–307.

Неелов В.М. Частные военные компании в России: опыт и перспективы использования. СПб.: РАГС, 2013. 60 с.

Панова В.В. Антропология международных отношений // Международные процессы. 2005. № 8. С. 2–3.

Уваров Н.М. Частный бизнес на службе военных ведомств. По опыту основных зарубежных стран. М.: URSS, 2009. 48 с.

Цыганков П.А. Теория международных отношений. М.: Гардарики, 2003. 590 с.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 5**

### **International Practices Concerning Legal Regulation of Private Military and Security Companies**



**Nikolay Ryzhov**

Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation. Address: 32/34 Smolenskaya-Sennaya Square, Moscow 119200, Russian Federation. E-mail: nikolay.ryzhov@mail.ru



#### **Abstract**

Nowadays, private military and security companies (PMSCs) are playing an increasingly important role in armed conflicts. In this regard, there are relevant questions about the legality of their activities, as well as the ways of legal regulation. The article reviews the history of the appearing and functioning of PMSCs, analyzes the legal aspects which were developed by the international community aiming the ways of legal regulation of private and military companies, highlighted the most effective ways and means of regulating PMSC. In some research by foreign and Russian specialists covering PMSCs activities in areas of armed conflict, it is emphasized the existence of serious and, in fact, intractable problems of legal regulation of these commercial organizations that are currently operating in a legal vacuum that goes beyond international law, laws of contracting states and states of origin of PMSCs. An example of this can be the cases when the PMSC employees, being individuals working for remuneration, find themselves at the center of international scandals related to the executions of civilians, torture of prisoners, arms smuggling, child trafficking, mortality and other crimes. Taking into account the fact that Russia still has not resolved the issue of creating a legislative basis for regulating PMSCs, the author believes that as part of the work on solving the task posed by the leadership of our country to create a legislative basis for regulating the activities of PMSCs, it is more rational to analyze existing international legal instruments as well as foreign experience in the legal regulation of PMSCs, which, in turn, will contribute to solving the issue of the formation of a legal framework for the regulation of “private military power” in our country. At the same time, it is necessary to emphasize that high-quality legal support for the activities of PMSCs is a problem both of the states on the territory of which private military companies operate and of international law in general. The article reviews the history of the emergence and operation of PMSCs, analyzes the regulatory and legal framework developed by the international community in the field of legal regulation of private military and security companies, and highlights the most rational ways of regulating PMSC activities.



#### **Keywords**

private military companies, private security companies, regulation of PMSCs, legal aspects of regulation, history of the appearing of private military force, foreign experience in the regulation of PMSCs.

**For citation:** Ryzhov N. A. (2019) International Practices Concerning Legal Reputation of Private Military and Security Companies. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 5, pp. 199–214 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.199.214



## References

- Avant D. (2004) The Privatization of Security and Change in the Control of Force. *International Studies Perspectives*, vol. 5, pp. 15–20.
- Demidov A. (2016) National security. *Ekonomicheskaya strategiya*, no 2, pp. 54–59 (in Russian)
- Kolesnichenko O. (2009) Outlawed. Foreign office provides military companies with self-regulation. *Voенно-promyshlenniy kurier*, no 35, pp. 1–9 (in Russian)
- Konovalov I.P., Valetskiy O.V. (2013) Evolution of private military companies. Pushkino: Tsentr strategicheskoy konyunktury, 138 p. (in Russian)
- Kuznetsov I.I. (1999) Transnational inter-state relations: partnership or competition? *Kosmopolis*, no 3, pp. 122–126 (in Russian)
- Mikhailenko A.N. (2010) Regulation in private military and security companies in military conflicts. Moscow: RAGS, 156 p. (in Russian)
- Nebolsina M.A. (2010) Ideal and theoretical prerequisites for developing international legislation in regulating private military companies. *Mir I soglasiye*, no 3, pp.10–31 (in Russian)
- Nebolsina M.A. (2014) Phenomenon in private military and security companies. *Ezhagodnik IMI*, no 3–4, pp.196–205 (in Russian)
- Nebolsina M.A. (2012) Private military and security companies in Iraq: activity and control. *Ezhagodnik IMI*, no 16, pp. 288–307. (in Russian)
- Neelov V.M. (2013) Private military companies in Russia: practice and perspectives. Saint Petersburg: RAGS, 60 p. (in Russian)
- Panova V.V. (2005) Anthropology of international; relations. *Mezhdunarodnye protsessy*, no 8, pp. 2–3 (in Russian)
- Tsigankov P.A. (2003) Theory of international relations. Moscow, Gardariki, 590 p. (in Russian)
- Uvarov N.M. (2009) Private business serving military bodies. Moscow, URSS, 48 p. (in Russian)
- Vsevolodz A.G. (2012) International law regulation of private military and security companies: modern stage of international legal studies. *Biblioteka kriminalista*, no 1, pp. 233–251 (in Russian)

# Управление природными ресурсами в федерации: модель Канады

---

---



**С.Ю. Данилов**

Профессор, департамент общих и междисциплинарных дисциплин факультета права, Национальный университет «Высшая школа экономики», доктор исторических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: [sdanilov@hse.ru](mailto:sdanilov@hse.ru)

---



## **Аннотация**

Предметом данной статьи является рассмотрение на примере Канады форм и средств разграничения полномочий федерального центра и субъектов федерации в процессе управления природно-ресурсным достоянием страны. В том числе исследуется чрезвычайно важный на практике вопрос о разделе между двумя уровнями государственной власти доходов, образующихся в секторе ресурсной экономики. Изучаются разнообразные средства правового регулирования кризисно-конфликтных ситуаций, создающихся в природно-ресурсном секторе экономики Среди них: акты статутного права, приказы-в-совете (подзаконные нормативные акты), а также такой инструмент, как постановления федерально-провинциальных конференций (совещаний). Подвергнута разбору применяемая в ресурсной экономике Северной Америки система налогов и арендных платежей. Автор подробно анализирует опасности, проистекающие из возможности утраты государством экономического суверенитета, в первую очередь в сфере управления ресурсной политикой. Оценивается положительное значение соблюдения в современной обстановке конституционных норм, в том числе сформулированных еще в XIX веке, но сохраняющих тем не менее свою ценность. Подчеркивается значение деятельности государственных корпораций, нацеленных не на монополизацию рынка, но на сотрудничество с малым национальным бизнесом и создающих уместный противовес позициям и влиянию транснационального капитала. Исследование построено на общенаучных и специальных методах познания: историческом, формально-юридическом, системном и диалектическом. Автором обработаны многочисленные данные, почерпнутые из разнообразных правовых и исторических источников. На примере рассмотрения выработанного федеральным центром и провинциями Канады многообразного опыта компромиссного по форме и правового по содержанию и потому гибкого регулирования данной сферы автор делает вывод о возможности высокоэффективного управления децентрализованным и территориально протяженным федеративным государством, испытывающим к тому недостаток свободных капиталов и новой технологии. В качестве условий успешности такого управления названы: 1) верховенство права, из которого проистекает соблюдение при какой угодно конъюнктуре требований, предъявляемых правом к гражданам и в первую очередь — к институтам государственной власти, к ее должностным лицам, 2) ясно выраженная политическая воля, 3) умелый подбор кадров. Только такой способ реализации власти имеет будущее.

---

 **Ключевые слова**

федерация, провинции, конституционные нормы, сферы компетенции, нефть, газ, комплекс, раздел доходов, налоги, арендная плата.

---

**Для цитирования:** Данилов С.Ю. Управление природными ресурсами в федерации: модель Канады // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 215–236.

УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.215.236

## **Введение**

Федеративная форма государственного устройства, с одной стороны, создает значительно более широкие возможности выражения и отстаивания легитимных местных интересов, нежели это имеет место в унитарном государстве. Но, с другой стороны, она же является фактором, существенно лимитирующим свободу действий институтов федерального центра, в чьи обязанности входит формирование и отстаивание общегосударственных интересов внутри страны и за ее пределами.

Канадский федерализм является одним из старейших и наиболее уважаемых в современном мире. Восприняв многое из созданных ранее моделей государственно-территориального устройства, он прошел сложные этапы развития, продемонстрировав незаурядную пластичность, которая выражается в способности эволюционировать в соответствии с подверженными изменениям социально-экономическими условиями. Централизованная некогда Канадская федерация стала в наши дни — в рамках прежней, хотя и частично обновленной Конституции образца второй половины XIX века, — децентрализованным государством. Один из вопросов, который обоим уровням государственной власти Канады постоянно приходится регулировать, — это вопрос об управлении в изобилии имеющимися в стране природными ресурсами. Объективные препятствия, стоящие перед страной на этом пути — большие территориальные параметры Канады; суровые природные условия; недостаток свободных капиталов и новой технологии; процессы североамериканской интеграции, опасные для экономического суверенитета Канады. Нельзя считать свободными от недостатков и нормы Конституционного акта, составленного, когда Канада была сельской периферией западной цивилизации, ее ресурсы были мало разведаны и мало кто мог предвидеть экономические реалии современности.

Формы и способы правового и политического регулирования указанных вопросов, выработанные институтами федеральной и провинциальной



властей Канады в охарактеризованных выше исторических условиях, заслуживают изучения российскими специалистами и практиками в плане учета негативных сторон такого регулирования и усвоения и использования его позитивных аспектов.

## **1. Особенности конституционного распределения полномочий по вертикали**

Основы механизма такого распределения фиксирует Конституция (Конституционный акт) Канады 1867г. На формирование модели канадского федерализма существенно воздействовал опыт двух образовавшихся ранее федераций — США и Швейцарии. Подобно швейцарской модели, канадская модель федеративных отношений основана на договорной основе: учредителями канадской федерации согласно конституционной преамбуле являются федерально объединившиеся (*federally united*) провинции. Определению сфер компетенции двух уровней власти — федерального и провинциального — в Конституции отведено много места<sup>1</sup>.

Распределение предметов компетенции по вертикали регулируется статьями шести обширных разделов глав 3, 6 и 8 Конституционного акта. Это разделы «Распределение законодательной власти», «Полномочия парламента», «Законодательство провинций», «Исполнительная власть», «Отправление правосудия», «Доходы; долги; активы; налоги», «Исключительные полномочия законодательных ассамблей провинций». Данной тематике отведено в совокупности 67 статей Конституционного акта, что составляет около 40% общего их количества и почти 45% его текста.

Составители Конституционного акта стремились во избежание будущих разночтений исчерпывающе перечислить и с максимальной ясностью распределить предметы компетенции центра и провинций. С этой целью они отвергли варианты трехчленной конституционной компетенции с выделением совместной или конкурирующей компетенции (швейцарская модель). Была ими отклонена и модель пятичленной компетенции с выделением двух сфер запретов и сферы «подразумеваемых полномочий» над вновь возникающими предметами правового регулирования (американская модель федерализма). Канадская модель федерализма в результате знает две исключительные сферы компетенции: федеральную и провинциальную.

В соответствии с нормами ст. 55, 56, 90–92 и 109 Конституционного акта воплощение принципа двух исключительных сфер компетенции выглядит следующим образом. К сфере исключительной компетенции федерального

<sup>1</sup> Все выдержки их Конституционного акта Канады приводятся по официальному изданию: Canada. Department of Justice. A Consolidation of the Constitutional Acts 1867–1982. Ottawa, 2017.

центра<sup>2</sup> отнесены: 1) внешняя политика («внешние сношения») федерации; 2) иммиграция и натурализация; 3) уголовное законодательство; 4) органы безопасности; 5) места заключения каторжного режима; 6) народное ополчение (милиция); 7) эмиссионное и банковское дело («чеканка монеты»); 8) федеральные налоги; 9) мореплавание и рыболовство; 10) сельское и лесное хозяйство; 11) регулирование торговли и обмена; 12) право вето в отношении провинциального законодательства.

Сверх того, по ст. 91(2) раздела «Распределение законодательной власти» центр наделен правом «издавать законы в интересах мира, порядка и хорошего управления во всех областях, не отнесенных прямо к исключительной компетенции провинций». Это полномочие иногда предлагают рассматривать в качестве инструмента дискреционного усмотрения федерального центра; полагают также (со ссылкой на русский перевод Конституционного акта), что данное полномочие может быть применимо только к «важнейшим вопросам жизни страны». Подобное прочтение первоисточника следует считать ошибочным: в англоязычном оригинале ст. 91 Конституционного акта и в его русском переводе оговорок (или уточнений) относительно степени важности полномочий нет. Отсутствуют они и в прочих статьях Конституционного акта. Как мы увидим, «важные полномочия» распределены в акте между двумя уровнями власти приблизительно поровну.

Среди предметов сферы исключительной компетенции провинций фигурируют: 1) гражданское законодательство, право собственности и защита гражданских прав личности; 2) заключение брака и его расторжение; 3) управление правосудия; 4) места заключения обычного режима; 5) просвещение и образование; 6) здравоохранение и ветеринарное дело; 7) провинциальные налоги и сборы; 8) денежные займы; 9) социальные программы («социальное вспомоществование»); 10) средства сообщения (дороги, транспорт и прочие средства связи в пределах провинции); 11) раздача патентов на местные и муниципальные нужды; 12) регистрация корпораций «провинциального масштаба»; 13) земля; 14) прочие природные ресурсы; 15) муниципальные учреждения.

Данный перечень предметов находит завершение в норме ст. 92 (16) Акта, которая относит к предметам исключительной провинциальной компетенции «другие вопросы чисто местного или частного характера». В согласии с данным положением, ст. 109 раздела «Доходы» закрепляет право собствен-

---

<sup>2</sup> Поскольку Канада принадлежит к парламентарным монархиям, ее конституционная теория и практика оперируют такими терминами, как, например, «Парламент» и «Корона». Обобщающие доктринальные термины, выработанные юридической наукой континентально-европейской модели, типа «федеральный центр», «центр» или «органы законодательной (исполнительной, судебной) власти», канадцам неизвестны. В настоящей статье для удобства изложения и восприятия отечественными читателями применяется привычная нам терминология.

ности провинций на землю и полезные ископаемые на их территории», т.е. на любые природные ресурсы.

Из норм ст. 92 явственно следует, что перечень предметов провинциальной компетенции оставлен открытым. В то же время основные в момент создания Конституции отрасли экономики, приносящие государству наибольшие налоговые доходы — сельское и лесное хозяйство, рыболовство, мореплавание (а также натурализация и иммиграция), — к категории «чисто местных или частных вопросов» отнесены не были, тогда как до создания федерации они входили в сферу компетенции провинций (колоний).

Следовательно, при образовании федерации сфера провинциальной компетенции была урезана. Часть ее предметов была перенесена в сферу исключительной федеральной компетенции. Даже места размещения провинциальных столиц были указаны провинциям «сверху» (ст. 68 раздела «Исполнительная власть» Конституционного акта).

Сказанное дает основания характеризовать первоначальную модель канадского государства как договорную централизованную парламентскую федерацию. Соединение принципа договорного федерализма с принципом сильной центральной власти и с монархической формой правления считается вкладом канадцев в развитие правовой доктрины и, особенно, практики федерализма в глобальном масштабе [Stevenson G., 2014: 25–26].

Однако, невзирая на все сказанное выше, приходится подчеркнуть, что принцип разграничения полномочий двух уровней власти по вертикали не проведен в Конституционном акте с должной ясностью и законченностью. Показательна в данном отношении ст. 95 раздела «Распределение законодательной власти» Акта: «В каждой провинции законодательная ассамблея вправе время от времени издавать законы о земледелии и иммиграции в провинцию; и Парламент Канады вправе время от времени издавать законы о земледелии во всех или в некоторых провинциях и об иммиграции во все или в некоторые провинции. Всякий закон о земледелии или иммиграции, изданный законодательной ассамблеей провинции, имеет силу до тех пор и поскольку, постольку он не противоречит какому-либо из актов, принятых Парламентом Канады».

На первый взгляд, нормы ст. 95 закрепляют верховенство федерального парламентского права над парламентским правом субъектов федерации. Однако фактически данная статья устанавливает совместную (конкурирующую) компетенцию двух уровней власти над указанными в ней предметами. Заметим, что внедрение де-факто в конституционный механизм федерации третьей сферы компетенции — совместной (пусть частичное и юридически полноценно не закрепленное) — не может не идти вразрез с принципом жесткого разграничения двух сфер компетенции, из которого проистекают нормы подавляющего большинства статей Конституционного акта.

Как справедливо отмечает В.Е. Чиркин и другие отечественные исследователи, по преобладающему в правовой доктрине и практике федерализма принципу симметричности федерации ее субъектам следует иметь единообразный статус. Канадская модель содержит отступления и от данного правила [Чиркин В.Е. (ред.), 2017: 410–411]. Принцип симметрии провинций отсутствует, например, в нормах ст. 22 раздела «Законодательная власть», регулирующих представительство субъектов в верхней палате федерального Парламента — Сенате. По мнению некоторых ученых, в способах формирования Сената и, прежде всего, в региональных квотах было и остается закрепленным преобладание центральных провинций — густонаселенных Онтарио и Квебека, тогда как интересы малонаселенных периферийных провинций были и остаются ущемленными [Harrison G., 2009: 117–119]. Правда, с таким мнением согласны далеко не все исследователи [Public Law in Canada, 2008: 53–54, 80]; [Scott F., 2000: 116, 127].

С принципом симметрии статуса провинций находятся в противоречии также нормы ст. 69–80 и 88 раздела «Законодательная власть». Закрепив единый срок полномочий всех провинциальных законодательных ассамблей, они вместе с тем установили в провинциях дифференцированную организацию органов власти. Статья 80, в частности, гласит: «Устройство законодательных ассамблей Новой Шотландии и Нью-Брансуика будет с соблюдением положений настоящего Акта таким же, каким оно было ко времени образования федерации». Статья 69, между тем, устанавливает: «В Онтарио будет легислатура, включающая лейтенант-губернатора провинции и *одну палату*». Уместно сравнить с цитированными положениями норму ст. 71: «В Квебеке будет легислатура, включающая лейтенант-губернатора провинции и *две палаты*» (*курсив мой.*—С.Д.). Однопалатным ассамблеям Новой Шотландии и Нью-Брансуика посвящена одна статья Акта, однопалатной легислатуре Онтарио — две статьи, двухпалатной легислатуре Квебека — 10 статей Акта.

Отсутствует в Конституционном акте и унификация наименований органов провинциальной законодательной власти. К двум провинциям применен термин американского происхождения «легислатура», к остальным — термин французского происхождения «законодательная ассамблея»<sup>3</sup>.

По оценкам аналитиков, существуют еще два фактора, усиливающих элементы асимметричности канадской федерации. Одним из них является закрепление за одной из провинций — Нью-Брансуиком — исключительного права на «добавочные субсидии» из бюджетных средств федерации (ст. 119).

---

<sup>3</sup> Разнобой в наименованиях сохраняется в конституционной практике страны и в настоящее время. По законам провинции Онтарио законодательный орган именуется «провинциальным парламентом» (Provincial Parliament). Провинция Квебек пользуется названием «Национальная ассамблея» (National Assembly).

Другим — наличие в составе федерации административно-территориальных единиц, являющихся неотъемлемой частью Канады, но не имеющих статуса провинций. Речь идет о занимающих половину территории страны федеральных (Северо-Западных) территориях, долгое время управлявшихся непосредственно из Оттавы, а в настоящее время пользующихся в сравнении с провинциями гораздо более ограниченной степенью автономии<sup>4</sup>. Другими словами, вместо строго симметричного административно-территориального устройства Конституционный акт закрепляет компромиссный вариант «скрытого» асимметричного федеративного государственного устройства.

Необходимо подчеркнуть, что, помимо всего прочего, составители Акта политически уместно, но юридически безграмотно именовали Канаду по швейцарскому образцу «конфедерацией» (ст. 3, 138, 146, 147). Их отступление от правовых постулатов в угоду политической конъюнктуре закономерно породило в дальнейшем трудно поддававшуюся устранению двусмысленность в конституционном толковании канадской модели федерализма [Scott F., 2000, 201–217].

## **2. Нефтегазовый комплекс как часть ресурсного сектора экономики Канады**

Страны современного мира с некоторой долей условности могут быть разделены на страны, добывающие природные ресурсы, и страны, потребляющие их. В ресурсодобывающих (ресурсных) странах к важным аспектам их развития постоянно относится вся совокупность вопросов, связанных с ценами на природные ресурсы, регулированием их добычи, сбыта внутри страны, экспорта, налогообложения отрасли, привлечением инвестиций и новой технологии и т.д. Решение этих вопросов находится на стыке права и экономики. Канада, которой посвящена данная статья, исторически принадлежит к кругу ресурсодобывающих стран; однако в последние десятилетия в связи с ростом ее демографического и хозяйственного потенциалов ей становятся свойственны также некоторые отличительные черты государства ресурсопотребляющего. Это относится, главным образом, к ее индустриально зрелой и урбанизированной метрополии — провинциям Онтарио и Квебеку.

Достигший высокой степени развития природно-ресурсный сектор канадской экономики является на сегодняшний день наиболее капиталоемким и технологически продвинутым сектором ее народного хозяйства. Его неотъемлемой составной частью, к тому же самой динамичной и продук-

---

<sup>4</sup> В том числе территории не имеют права собственности на природные ресурсы и, соответственно, не вправе самостоятельно распоряжаться ими.

тивной, стал к XXI в. нефтегазовый экономический комплекс<sup>5</sup>. Его предприятия, первое из которых заработало в 1947 г., и которые осуществляют разведку, добычу, доставку и продажу топлива и горючего, действуют в настоящее время практически во всех провинциях и на Северо-Западных территориях, так что в орбиту функционирования и политического влияния данного комплекса нефтегазовой индустрии вовлечена значительная часть ее народонаселения (не менее 1 млн. чел. из 32 млн. канадцев).

В административном и географическом отношении канадские провинции подразделяются на Атлантические<sup>6</sup>, Центральные<sup>7</sup>, Степные<sup>8</sup> и Дальний Запад<sup>9</sup>. Как и в любой федерации, среди канадских провинций была и есть не имеющая правового характера социально-экономическая дифференциация по уровню экономического и демографического потенциала, показателям душевого дохода и т.д. Вплоть до конца XX в. положение наиболее экономически благополучных провинций принадлежало самым густонаселенным и экономически диверсифицированным Центральным провинциям — Онтарио и Квебеку. Самыми «отстающими» являлись Степные провинции с их монокультурной аграрной экономикой. Во многом изменили картину два ключевых фактора: 1) складывание и развитие нефтегазового комплекса, что произошло в первую очередь именно в западноканадских Степных провинциях; 2) востребование субъектами федерации всех положений Конституционного акта, наделяющих провинции безраздельной компетенцией над всеми вопросами, касающимися природных ресурсов, пока последние находятся на провинциальной территории.

Институты власти провинций в той числе располагают правом первенства и свободой действий в вопросах регулирования налогообложения юридических лиц природно-ресурсного сектора, в том числе его составной части — нефтегазового комплекса.

Соединение двух данных факторов — конституционно-правового и экономического — стало причиной того, что четыре западно-канадских субъекта федерации, ранее относившиеся к сельской периферии континента, в короткий срок заняли положение «энергетической сокровищницы Северной Америки» [Armstrong W., 2014: 102]; [Watts R., 2009: 30–31]; [Olling R., Westmacott N., 2009: 232]. Это положение стало особенно выгодным (с точки зрения провинций) во время глобальных энергетических кризисов

---

<sup>5</sup> Нефть и газ обеспечивают 71% потребляемой Канадой энергией; на долю угля приходится 12%, на долю АЭС — 2%, на все прочие источники энергии — 15%. Если говорить о промышленности, то доля нефти и газа в покрытии ее потребностей составляет не менее 65%. Available at: <http://www.uni.ca.html> (дата обращения: 12-10-2019)

<sup>6</sup> Новая Шотландия, Нью-Брансуик, Ньюфаундленд и Остров Принца Эдуарда.

<sup>7</sup> Квебек и Онтарио.

<sup>8</sup> Альберта, Манитоба, Саскачеван.

<sup>9</sup> Британская Колумбия.

1970-х–1980-х годов, которые сопровождались существенным и, как вскоре обнаружилось, необратимым вздорожанием большинства энергоносителей, прежде всего — нефти и газа.

Три из четырех западно-канадских провинции к настоящему времени полностью перешли на самоснабжение данными энергоносителями<sup>10</sup>; еще одна провинция перешла на него частично<sup>11</sup>. В результате действия стихийных экономических процессов образовалось «энергетическое разделение» федерации, закрепленное впоследствии статутным правом (Закон о линии энергетического раздела»; Energy Division Line Act) (1959).

Хотя доля нефтедобывающих провинций Канады в народонаселении федерации составила в 2010-х годах не более 27%, их валовый продукт достиг в настоящее время 38% общеканадского. С наполнением провинциальных бюджетов «нефтедолларами» уровень жизни в этих субъектах стал приближаться к показателям Центральных провинций. Более того, именно нефтедобывающие Альберта и Британская Колумбия вышли в 2000-х годах на первое в федерации место по величине дохода на душу населения<sup>12</sup>, опередив традиционного лидировавшее в этом плане нефтепотребляющее Онтарио. Они перестали нуждаться в федеральных «выравнивающих выплатах», установленных Статутом 1957 г. Шесть прочих провинций (73% населения федерации и 62% ее валового продукта) во главе с Онтарио и Квебеком являются нефтепотребляющими; потребности их населения и промышленности в горючем и топливе покрываются частично ввозом из западно-канадских провинций, частично за счет импорта<sup>13</sup>.

### 3. «Финансовый федерализм»

В конституционном механизме канадского федерализма всегда были развиты его финансово-экономические аспекты, часто выделяемые специалистами в отрасль «финансовый федерализм» [Harrison K., 2009: 125–129]. Поскольку в сфере налогообложения юридических лиц «право первородства» принадлежит провинциям, то провинциальное налогообложение принято считать основополагающим, а федеральное — вторичным [Boadway R., Kitchen H., 2005: 120, 122]. Предприятиям частного сектора при уплате федеральных налогов обычно полагается скидка, равноценная сумме упла-

<sup>10</sup> Альберта, Британская Колумбия и Саскачеван.

<sup>11</sup> Манитоба.

<sup>12</sup> В средствах массовой информации современную Альберту часто сравнивают с Саудовской Аравией, а Британскую Колумбию — с Кувейтом.

<sup>13</sup> За исключением Онтарио, вся эта группа субъектов получает из федерального бюджета «выравнивающие» выплаты.

ченных ими в данном финансовом году провинциальных налогов и сборов. Длительное время не менее 50% доходов оставалось бизнес-сообществу нефтегазового комплекса, что способствовало аккумулярованию инвестиций и притоку новейшей технологии в данную отрасль. Самыми незначительными были провинциальные налоги на экспорт нефти и газа, поставляемых Канадой в возрастающем объеме в США и Японию. Благоприятствовало инвестиционному климату в отрасли и тогдашнее отсутствие в ней государственного сектора — как провинциального, так и федерального.

Так сложилась специфика (если не уникальность) порядка функционирования данного экономического комплекса: «энергетический раздел» государственной территории, линия которого не совпадает с административными межпровинциальными границами и с государственной границей; невмешательство центра в процессы ценообразования в нефтегазовом секторе; льготное налогообложение добычи и экспорта нефти и газа. Юридически данная специфика не противоречит государственному суверенитету Канады в целом, однако на практике ставит под сомнение его экономическую составляющую.

Вместе с тем в распоряжении федерального центра имеется правовой и политический инструментарий, позволяющий уравнивать законные интересы провинций и бизнес-сообщества. Прежде всего в безраздельной компетенции центра находятся все федеральные земли. В их числе: обширные и труднодоступные Северо-Западные территории (Канадский Север) с огромными и пока мало эксплуатируемыми месторождениями энергоносителей, прежде всего нефти и газа; национальные парки и индейские резервации, которые, правда, составляют в масштабе страны менее 5% ее земельного фонда, но в нефтедобывающих провинциях (например, в Альберте) — около 10%; все магистральные трубопроводы, включая трансканадский трубопровод<sup>14</sup>. На основании ст. 91(2) Конституционного Акта, дающей Оттаве право регулировать «вопросы торговли и обмена» как между провинциями, так и между федерацией и другими странами, Кабинет<sup>15</sup> и Парламент решают (хотя и после консультаций с провинциями) многочисленные вопросы, подпадающие под категорию «межпровинциальной торговли» нефтью и газом. Распределение лицензий на вывоз нефти и газа за рубеж является предметом исключительной компетенции центра. Часть налогов с корпораций энергоресурсного комплекса также регулирует и взимает центр (см. табл. 1).

---

<sup>14</sup> Трансканадский трубопровод (Trans-Canada Pipeline), строившийся около 40 лет, начинается в Альберте и в настоящее время имеет два главных ответвления: западное, доходящее до столицы Британской Колумбии — Виктории на Тихоокеанском побережье, и восточное, проходящее через Саскачеван, Манитобу, Онтарио, Квебек и заканчивающееся в столице Новой Шотландии — Галифаксе. Трубопровод в настоящее время снабжает нефтью и газом девять провинций из 10 (кроме Ньюфаундленда).

<sup>15</sup> Официальное название федерального правительства. Соответствующие органы провинциальной власти называются исполнительными советами.



Таблица 1

### Особенности распределения полномочий двух уровней власти Канадской федерации в отношении нефтегазового комплекса

ПРОВИНЦИИ	ЦЕНТР
<b>Предметы исключительной компетенции</b>	
Арендная плата <sup>16</sup> Налог на корпорации <sup>17</sup> Экспортная пошлина на газ	Налог на доходы корпораций <sup>18</sup> Налог на природный и сжиженный газ Экспортная пошлина на нефть Экспортные цены на нефть и газ Распределение экспортных лицензий
<b>Предметы совместной компетенции</b> Регулирование внутренних цен на нефть и газ	

Источник: [Doern B., Toner G., 2010: 299, 351].

Все юридические лица, разрабатывающие месторождения энергоресурсов, отчисляют в провинциальные бюджеты часть рыночной стоимости фиксированной части продукции. Арендная плата делится на обычную и дополнительную. Дополнительная плата имеет характер налога на выручку (чистую прибыль), получаемую сверх разрешенной провинциальным статутным правом. Выручка, облагаемая дополнительной арендной платой, вычитается из уплачиваемого корпорацией федерального налога на доходы корпораций, в то время как облагаемая обычной не вычитается. Самую льготную арендную плату (от 1 до 5% ежегодного дохода юридического лица) провинции взимают с корпораций, производящих синтетическое горючее, добывающих тяжелую нефть или разрабатывающих месторождения нефтеносных песков (oil sands, tar sands) т.е. с юридических лиц, занятых в капиталоемких и мало доходных сферах нефтегазового комплекса.

Сроки аренды земельных участков, в недалеком прошлом весьма продолжительные (он доходили до 50 лет, а иногда — до 99 лет), к настоящему времени существенно сокращены, причем как центром в его сфере компетенции, так и провинциями. В настоящее время в провинциальных статутах эти сроки колеблются в диапазоне от 2 до 6 лет, в федеральных статутах — от 3 до 8 лет. Минимальные сроки аренды практикуются в центральных и южных графствах провинций; максимально допускаемые законами — на неудобных или отдаленных провинциальных землях или же на подчиненных центру

<sup>16</sup> Как показывает практика, в среднем может достигать до 40% рыночной стоимости фиксированной части продукции. В правовой и экономической литературе отмечается, что указанная плата равносильна налогу с оборота.

<sup>17</sup> Может достигать до 16% ежегодного дохода корпорации.

<sup>18</sup> Может достигать до 36% ежегодного дохода корпорации.

Северо-Западных территориях. В любой из двух сфер компетенции юридические лица сохраняют право ходатайствовать о продлении срока арендных договоров, даже если они не выполнили в течение срока декларированных ранее намерений и обязательств относительно найма местной рабочей силы, производственных, технологических, природоохранных и т.д.; однако в этих случаях непременным условием продления срока договора становится уплата фирмой значительных штрафных сумм.

В табл. 1 показано, что действующие в настоящее время в Канаде нефтегазовые корпорации являются объектами шести основных видов налогов и платежей — трех провинциальных и трех федеральных. Номинальный общий уровень перераспределения частнопредпринимательских доходов в государственные бюджеты кажется очень высоким — он может достигать 75–80% доходов. Однако чтобы избежать неминуемых при неуклонном применении такого налогового порога негативных последствий — бегства капиталов и технологического застоя, — два уровня власти оперируют разветвленной системой стимулов (к их числу принадлежат, например, скидки, вычеты из налогообложения, отсрочки уплаты налога, кредиты, субсидии). Стимулы выделяются тем из корпораций, которые вносят заметный вклад не только в валовые показатели отрасли (за это обычно вознаграждают провинции), но и в рост ее наукоемкости (федеральный центр); в опережающие геологоразведочные работы (центр); в освоение месторождений на Крайнем Севере (центр), в работы на нефтеносных песках<sup>19</sup> (провинции); на континентальном шельфе (центр); в создание дополнительных рабочих мест, в первую очередь постоянных (оба уровня власти); в повышение квалификации кадров (ранее — центр, в настоящее время — провинции).

По провинциальным и федеральным статутам льготы и стимулы могут быть выделены на: 1) разведку полезных ископаемых (оба уровня власти); 2) освоение новых месторождений (оба уровня власти); 3) на истощение недр (провинции)<sup>20</sup>; 4) трудности деятельности в отрасли (оба уровня власти; это единственная общеотраслевая скидка, именуемая также «ресурсной»); 5) исследования (главным образом, прикладные; оба уровня власти);<sup>21</sup> 6) поддержку малого бизнеса (провинции).

---

<sup>19</sup> Эксплуатация обнаруженных на территории Альберты месторождений редко встречающихся в природе нефтеносных песков отличается исключительной капиталоемкостью и трудоемкостью, зато позволяет получать тяжелую нефть наивысшего качества — ценнейшее сырье ряда отраслей промышленности, начиная с химической.

<sup>20</sup> На время действия арендного договора арендуемый физическим или юридическим лицом участок согласно статутному праву канадских провинций рассматривается в качестве достояния данного лица. Поэтому провинциальный уровень власти находит нужным компенсировать предпринимателям происходящее со временем уменьшение объема специфической части данного достояния — полезных ископаемых, находящихся по общему правилу в недрах участка.

<sup>21</sup> Прикладные исследования в интересах нефтегазового комплекса зачастую ведутся «на месте». Профильные фундаментальные исследования проводятся на факультетах права и политэко-

Размеры провинциальных и федеральных стимулов и соотношение между их видами постоянно меняются в зависимости от рыночной конъюнктуры и задач, которые ставят перед собой каждый из уровней власти сообразно с экономической и политической обстановкой в стране и в окружающем мире.

Если рассматривать применяемые двумя уровнями власти Канады арендные платежи, налоги и соответствующие льготы в их совокупности, то нетрудно убедиться, что эти меры регулирования отличаются гибкостью, расчетом на многовариантность ситуаций и, соответственно, с этими качествами — быстротой реакции на постоянно происходящие изменения экономической и политической обстановки. Аренда и налоги образуют весьма действенный механизм косвенного регулирования развития рассматриваемого комплекса, позволяющий государству обычно обходиться без огосударствления большей или значительной части как нефтегазового комплекса, так и экономического организма Канады в целом.

Ввиду применения двумя уровнями власти высокоразвитой системы стимулов, подлинный уровень изъятия доходов нефтегазового комплекса Канады государством обычно колеблется в пределах между 35% и 39%. Наибольший объем льгот, вычетов и скидок приходится на долю крупных «вертикальных корпораций», в первую очередь, транснациональных (таковы, например, «Галф ойл», «Империал ойл», «Шеврон», «Эксон»). Однако в период действия так называемой Национальной энергетической программы 1980-х годов благодаря предусмотренным ею федеральным стимулам поправила свои дела немалая часть чисто канадских нефтегазовых корпораций (как правило, малых или средних и в основных действующих на территории Альберты; к их числу принадлежат, в частности, «Альберта энерджи компани» и «Нова корпорейшн») [Doern B., Toner G.: 256, 280].

Провинциальные и федеральные органы, действующие сообразно с нормами Конституции, в одних вопросах отдельно друг от друга, а в других — совместно, сформировали многослойную систему налогов и платежей, которая не только приносит обоим уровням государственной власти и населению значительные доходы<sup>22</sup>, но и позволяет им воздействовать на бизнес-сообщество, побуждая его к внедрению новейших технологий, ра-

---

номии во многих канадских университетах. С конца XX в. во многом на средства нефтегазовых корпораций работают специализированные научные центры. Самые крупные и авторитетные из них — это Арктический институт в Монреале (Квебек) и Бореальный (Северный) институт в Калгари (Альберта). Правильнее было бы назвать их «природоресурсными институтами». Напомним, что по оценкам канадских ученых — географов и экономистов, к Северу (Ближнему, Дальнему и Крайнему) относится практически вся территория Канады, кроме густонаселенной 100-километровой полосы вдоль канадо-американской границы. Почти все эксплуатируемые, разведанные и потенциальные нефтегазовые месторождения расположены на Севере.

<sup>22</sup> Это относится в первую очередь к ресурсодобывающим провинциям

чительному подходу ко всем природным ресурсам, перспективным геолого-разведочным работам.

#### **4. Антикризисное регулирование: инициативы, противодействие, компромисс**

Все выше сказанное относится к «мирной», благополучной обстановке в провинциях, федерации и окружающем мире. Однако не в меньшей мере заслуживает рассмотрения специфика действий федерации и провинций Канады в кризисно-конфликтных условиях, ярчайшим примером которых стал глобальный энергетический кризис второй половины XX в.

Четкие прогнозы приближения его первой волны, составленные федеральными аналитическими службами секретариата Премьер-министра Канады и поданные наверх вместе с рецептами уместных контрдействий<sup>23</sup>, позволили Оттаве принять меры оперативного реагирования — юридически безупречные практически свободные от управленческих недочетов и дающие наглядное представление о регулирующем потенциале парламентского государства. На острый дефицит нефти и газа и их неконтролируемое глобальное вздорожание федеральный центр ответил принятием пакета статутов, многие положения которых были составлены заранее. Среди них следует назвать статуты 1973–1974 годов «О замораживании внутренних цен на нефть и газ на шесть месяцев (Freezing Oil and Gas Prices), «О двойных ценах на нефть и газ» (Dual Oil and Gas Prices), «О федеральной пошлине на вывоз нефти и газа» (Federal Oil and Gas Export Tax Imposition)<sup>24</sup>. Цены на нефть и газ были разделены на высокие “экспортные”, практически совпадавшие с мировыми, и на “пониженные для внутреннего потребления” внутриканадские цены. Серией подзаконных актов — приказов-в-совете (orders-in-council) — были срочно выделены необходимые бюджетные средства на продление упоминавшегося ранее транс-канадского трубопровода<sup>25</sup> и на наращивание перевозок горючего и топлива из нефтедобывающих субъектов в нефтепотребляющие провинции железными дорогами, автотранспортом и танкерами через Великие озера (и даже через Панамский канал!). Парла-

---

<sup>23</sup> Глобальный энергетический кризис наступил в октябре 1973 года. Как выяснилось позже, первые прогнозы и проекты контрдействий федерального центра Канады были датированы июнем того же года. И к ним прислушались.

<sup>24</sup> Canada. House of Commons Debates. Vol. 118. P. 6811–6842, 6980–6997; vol. 119. P. 1224–1279.

<sup>25</sup> Трубопровод, носивший уже тогда название транс-канадского, на деле связывал только три Степные провинции с западной частью провинции Онтарио. Вне пределов устойчивого снабжения нефтью и газом оставались большая (самая населенная) часть Онтарио, Квебек и четыре Атлантические провинции. Как тогда говорили, канадский бензин приводит в движение автомобили в Лас-Вегасе, Сиэтле и Сан-Франциско, но не в Монреале, Торонто и Оттаве.

мент также санкционировал регулярное повышение экспортной нефтегазовой пошлины (каждый раз — отдельной резолюцией) и одобрил Закон 1974 года «О государственной нефтяной корпорации «Петро-Канада» (National Petroleum Company Bill), которая была призвана стать «федеральным агентом в нефтегазовом секторе экономики».

Пакет экстренных федеральных мероприятий, названный Новой энергетической политикой, сразу завоевал массовую популярность. Действительно, разумность схемы антикризисных действий федеральной власти, их масштабность, слаженность и быстрота исполнения<sup>26</sup> избавили подавляющее большинство канадцев от дополнительных расходов на автомобильное горючее, отопление жилого фонда и многие виды сырья.

Критическая обстановка побудила Оттаву впервые вынести решения, шедшие вразрез с интересами ресурсодобывающих провинций и транснациональных корпораций, что вызвало их естественные возражения и противодействие. Исполнительные советы Альберты и Саскачевана угрожали обратиться в суды, «провинциализировать» экспорт нефти и газа и даже применить экономические санкции против нефтепотребляющих провинций. Симпатии огромного большинства электората к Новой энергетической политике заставили, впрочем, провинции воздержаться от реализации угроз (успех первой из которых был бы крайне проблематичным, а две прочие которых были бы явно противозаконными). К тому же центр искусно сочетал в своих действиях решительность подчинение праву и гибкость. Премьер-министр Канады, крупный государственный деятель П. Трюдо<sup>27</sup> [Laforest G., 2003: 106, 251]; [Tupper A., 2009: 239, 344] дал провинциям заверения, что указанный в статуте шестимесячный срок замораживания внутриканадских цен на нефть и газ не будет продлен ни при каких обстоятельствах. Одновременно он пригласил провинциальных премьеров детально обсуждать ситуацию с энергоносителями на каждой федерально-провинциальной конференции (совещании), нейтрализовав, таким образом, обвинение в навязывании провинциям воли Оттавы. На очередной конференции, где в унисон с главой правительства федерации выступали премьеры всех ее шести нефтепотребляющих субъектов, была согласована процедура и динамика «размораживания» цен. На основе консенсуса стороны пришли к идее замены замораживания цен более гибким механизмом двустороннего федерально-провинциального контроля над ценообразованием. Нефтедобывающие провинции вместе с центром связали себя обязательством повышать нефтяные цены не реже

<sup>26</sup> Что контрастировало с растерянностью, проявленной институтами власти и высшими должностными лицами целого ряда ресурсопотребляющих стран — как федеративных (Австралия, США), так и унитарных (Великобритания, Италия, Нидерланды, Япония).

<sup>27</sup> По образованию — юрист-конституционалист.

раза в 18 месяцев при условии, что о повышении цен не ходатайствуют нефтедобывающие провинции, и не реже чем раз в год — если провинции об этом ходатайствуют. Было условлено, что в любом случае внутриканадским ценам на нефть и газ не будет позволено выйти на уровень мировых цен. Срок действия предложенного центром контроля стороны договорились не определять [Armstrong W., 2014: 316, 318], что указывало на доверие провинциальных властей к данной новаторской в мирное время мере Оттавы.

Разнородность финансово-экономических интересов субъектов федерации в очередной раз способствовала их расколу на две группы. Большинству провинций «новая энергетическая политика» с ее контролем над ценами оказалась несколько не противоречащей их интересам. Воспользовавшись этим обстоятельством, Оттава (впервые в мирное время) добилась консенсуса в вопросе о превращении федерального контроля над ценами на нефть и газ из краткосрочной акции в долгосрочный компонент государственной экономической стратегии. Рациональность контрольных мероприятий в свете последовавших затем новых волн глобального энергетического кризиса видна из того, что данный контроль применялся в дальнейшем свыше десяти лет, вопреки возмущению сторонников свободы предпринимательства, доказывавших, что данная мера «препятствует нормальному функционированию рыночной экономики» [Burgess M. et al., 2010: 244-245]; [Pammett J., 2010: 72]. Стороны лояльно подчинялись контрольным установкам, несмотря на то, что постановления федерально-провинциальных конференций не имеют обязательной юридической силы, которой наделены, например, акты статутного права, приказы-в-совете, парламентские резолюции и решения судов.

Мало того, все субъекты федерации, включая нефтедобывающие провинции, поддержали и в дальнейшем выполняли выдвинутую федеральным правительством на этой же конференции долгосрочную и многопрофильную программу сбережения топлива и горючего. Ее компонентами стали: 1) внедрение и максимально широкое применение ресурсосберегающих технологий; 2) совершенствование стандартов домостроительной промышленности в ракурсе максимального сбережения тепла; 3) внедрение выпуска более экономичных и экологически безопасных автомобильных и других двигателей.

Что касается государственной нефтегазовой фирмы — «Петро-Канады» — то она, аккумулировав в дальнейшем значительные бюджетные средства, активно сотрудничая с национальным частным капиталом и помогая ему укрепиться, благодаря умелым действиям квалифицированных и не разъединенных коррупцией кадров превратилась к XXI в. в одну из крупнейших в Западном полушарии нефтегазовых корпораций. Стоимость ее чистых активов близка к 10 млрд. долл. Показательно, что заправляться на бензоколонках «Петро-Канады» считается у канадцев престижным (хотя

тарифы ее розничных цен не ниже, чем у транснационалов). Деятельность корпорации, на которой практически не отражаются смены правящих партий<sup>28</sup>, служит полезным противовесом транснациональному бизнесу, действующему в отрасли.

Правда, согласившись с позицией федерального центра в нескольких вопросах, нефтедобывающие субъекты федерации продолжали упорствовать в других отстаивая выгодную им неприкосновенность налоговых и арендных поступлений в провинциальные бюджеты (см. раздел 2). Между тем быстро создался контраст между финансовым преуспеванием указанных провинций<sup>29</sup> и разрастанием бюджетного дефицита в остальных провинциях и на федеральном уровне. Парадоксальная и немислимая в большинстве федераций ситуация во многом была порождена вынужденным выделением сверхсметных и крупномасштабных ассигнований на меры антикризисного регулирования. Прямые переговоры Оттавы с провинциями по этому вопросу зашли в тупик. Тогда центр был вынужден пойти на обходной хотя вполне легитимный маневр.

Министерство финансов Канады включило в федеральный бюджет 1974 г. заявление: хотя федеральное правительство по-прежнему исходит из конституционных норм, закрепляющих примат провинциальной компетенции над природными ресурсами, оно вместе с тем находит, что «находящиеся на территории провинций и в их компетенции природные ресурсы, если их рассматривать в совокупности, являются одновременно и общенациональными ресурсами» [Tardif A., 2008: 195]. Поэтому центр переходит к взиманию налогов с экспортных прибылей ресурсных (т.е. и нефтегазовых) корпораций вне зависимости от размеров уплачиваемых ими в провинциальные бюджеты налогов и сборов<sup>30</sup>.

Бюджет вызвал временное ухудшение инвестиционного климата в нефтедобывающих провинциях и протесты институтов власти четырех данных провинций. Исполнительные советы двух из них — Альберты и Саскачевана — угрожали возбудить в Верховном суде Канады дело о нарушении центром ст. 92 Конституции. Степень серьезности их намерения осталась неизвестной. Оно, во всяком случае, не помешало Кабинету провести через Парламент в том же 1974 году Статут «О налогообложении природных ре-

<sup>28</sup> Смена правящих партий на федеральном уровне происходила по итогам парламентских выборов в 1984, 1993, 2006 и 2015 годах.

<sup>29</sup> Пока Центр и Восток испытывали возраставшие финансово-бюджетные трудности, Альберта сводила бюджет с профицитом и направляла выручку от налогов на нефтегазовый комплекс во вновь учрежденный провинциальный «Фонд наследия», в котором ныне концентрируется 12 млрд. долл. (одно время эта цифра доходила до 20 млрд.). Available at: [www.albertaonrecord.ca](http://www.albertaonrecord.ca). (дата обращения: 3-06-2018)

<sup>30</sup> Canada. House of Commons Debates. Vol. 120. P.1858–1859.

сурсов» (Natural Resources Taxation Act), воспроизводивший в расширенном варианте указанное положение бюджета. Значительная часть дополнительных средств, полученных таким образом федерацией, была направлена на увеличение «выравнивающих платежей» и оплату импорта энергоносителей в Центральную и Восточную Канаду [Whyte J., 2010: 49–50].

Примечательно, что обращений институтов власти Альберты и Саскачевана в суды снова не последовало. Исследователи полагают, что сработали их опасения перед применением Оттавой в качестве ответного шага права вето в отношении провинциального законодательства по ст. 91 Конституционного акта<sup>31</sup> [Harrison K., 2009: 304-305]; [Thur L., 2005: 88-90]. Однако в Альберте обозначилось просепаратистское движение, создавшее ассоциацию «К независимой Альберте»<sup>32</sup>. В средствах информации нефтепотребляющих провинций за этим субъектом федерации прочно утвердилось прозвище «тройного коня федерации».

Юристы и политологи сходятся на том, что с помощью рассмотренной выше модификации федерального законодательства центр впервые вызвал глубокие разногласия между институтами власти ресурсодобывающих провинций и частным капиталом энергетического сектора, ощутимо упрочив вместе с тем налоговую базу федерации и косвенно — экономическую составляющую государственного суверенитета Канады [Pammett J., 2010: 135]; [Stevenson G., 2014: 368, 502].

Таким образом, федеральное правительство, не отклоняясь от норм Конституции, не вводя режима чрезвычайного положения (War Measures Act) и не прибегая к национализации или реквизиции чьей-либо собственности, сделало очень много: 1) перешло к косвенному регулированию процессов ценообразования в топливно-энергетическом секторе экономики; 2) приступило к прямому регулированию экспорта и импорта нефти и газа (объем экспорта власти стали сокращать, а импорта — наращивать); 3) пересмотрело принципы налогообложения ресурсного (в том числе нефтегазового) комплекса в сторону их ужесточения.

Многоплановые и целенаправленные контрдействия федерального центра во время первой волны энергетического кризиса положили начало длительному во времени и непростому по содержанию процессу перераспределения нефтяной ренты (см. табл. 2). Вопрос, завершен ли он, разумеется, нельзя считать решенным раз и навсегда.

Однако есть основания утверждать, что прежний «пропредпринимательский крен» в распределении ренты устранен, и доходы центра, провинций и бизнеса отрасли приведены к известному балансу. Несоразмерно малая ра-

---

<sup>31</sup> Это право не использовалось с 1943 г., но оно не отменено.

<sup>32</sup> Ассоциация действовала как минимум до 2010-х годов. Available at: [www.freealberta.com](http://www.freealberta.com) (дата обращения: 12-06-2018)



нее доля федерации в ренте значительно увеличена, причем в основном за счет бизнес-сообщества, тогда как провинции в основном сохранили свои позиции, причем то и другое не входит в противоречие с какой-либо из норм Конституционного акта.

Таблица 2

**Раздел нефтяной ренты в 1970-х–2010-х годах  
(в процентах; данные округлены)**

Год	Бизнес	Провинции	Федеральный центр
1972	50	47	3
1974	41	40	19
1980	37	34	29
1981	45	30	25
1990	42	38	20
2015 <sup>33</sup>	33	43	24

Источник: [Pammett J. et al, 2011: 301-302; Whyte J., 2010: 66–69].

## **Заключение**

Отношениям федерального центра и провинций Канады исторически присуще оригинальное сочетание партнерства и конфронтации. Каждый раз разворачиванию цикла федерально-провинциального противоборства не препятствует жесткость конституционно закрепленного распределения полномочий Оттавы и субъектов по двум сферам исключительной компетенции. Задуманная основателями федерации в качестве гарантии против конфликтов между двумя уровнями власти, эта жесткость по мере подъема финансового могущества многих провинций перестала выполнять отведенную ей некогда функцию правового амортизатора экономических и политических конфликтов. Пожалуй, применительно к предмету данной статьи можно заключить, что данную функцию в настоящее время выполняют присущий только семье «общего права», к которой принадлежит Канада, правовой источник — прецедент и ее же принцип «разрешено все, не запрещенное правом». В рамках прочно укоренившейся правовой культуры, во многом порожденной именно верховенством права, их сочетание способствует проявлению многообразных и в целом конструктивных инициатив. Роль данных факторов заметна как в «мирное время», так и в кризисно-конфликтных ситуациях. Воспитанные в такой среде личности проявляют незаурядные способности к цивилизованному государственному управлению независимо от того, отстаивают ли они интересы государства как единого целого или его отдельных частей.

<sup>33</sup> Более поздних данных не обнаружено.



## Библиография

- Богдановская И.Ю. Классификация конституций стран «общего права» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 1. С. 29–40.
- Чиркин В.Е. (отв. ред.). Конституция в XXI веке: сравнительно-правовое исследование. М.: Норма, 2017. 656 с.
- Armstrong W. et al. Dependence and Divergence. Canada and the United States. 3 rd ed. Lanham (Md.): Univ. Press of America, 2014, 345 p.
- Banting K. et al. And No One Cheered. Federalism, Democracy and the Constitutional Act. 2nd ed. Montreal: McGill-Queens Univ. Press, 2012, 279 p.
- Boadway R., Kitchen H. The Canadian Tax Policy. Toronto: Canadian Tax Foundation, 2002, 305 p.
- Burgess M. et al. Canadian Federalism: Past, Present, Future. Leicester: Univ. of Leicester Press, 2010, 349 p.
- Doern B., Toner G. The Politics of Energy. Development and Implementation of the National Energy Program. 2nd ed. Toronto: Methuen, 2001, 541 p.
- Harrison K. Racing to Bottom. Provincial Interdependence in the Canadian Federation. Vancouver: Univ. of British Columbia Press, 2009, 431 p.
- Hogg P. The Constitutional Law of Canada. Toronto: Gage, 2007, 685 p.
- Laforest G. Reconciling the Solitudes. Essays on the Canadian Federalism and Nationalism. Montreal: McGill-Queens Univ. Press, 2003, 455 p.
- Olling R., Westmacott N. Perspectives on Canadian Federalism. Toronto: Prentice-Hall, 2009, 436 p.
- Pammett J. The Integration Question. Political Economy in North America. Toronto: Addison-Wesley, 2011, 262 p.
- Phillips O.H. The Constitutional and Administrative Law. 8 th ed. Oxford: Clarendon Press, 2008, 756 p.
- Bourgeois D. (ed.) Public Law in Canada. Toronto: Nelson, 2010, 365 p.
- Reesor B. The Canadian Constitution in Historical Perspective. Toronto: Prentice-Hall, 2007, 227 p.
- Scott F. Essays on the Constitution. Aspects of Law and Politics in Canada. Toronto: Univ. of Toronto Press, 2000, 410 p.
- Tardif A. The Legal Framework of Government. A Canadian Guide. Toronto: Canada Law Books, 2005, 340 p.
- Thur M. The Energy Policy and Federalism. Toronto: Institute of Public Administration, 2004, 182 p.
- Tupper A. et al. Public Money in Private Sector. Industrial Assistance Policy and the Canadian Federalism. Montreal: McGill-Queens Univ. Press, 2009, 508 p.
- Watts R. Comparing Federal Systems. Boston: Allyn and Bacon, 2008, 240 p.
- Watts R. et al. Power Divided. Essays on Theory and Practice of Federalism. Berkeley (Cal.): Institute of Intergovernmental Studies, 2000, 163 p.
- Whyte J. The Constitution and Natural Resources Revenues. Toronto: Univ. of Toronto Press, 2009, 155 p.
-

## Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 5

### Natural Resources Management in Federation: Canadian Model



**Sergey Yu. Danilov**

Professor, Department of General and Interdisciplinary Studies, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Historical Sciences. Address: 20 Myasniraskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: [sdanilov@hse.ru](mailto:sdanilov@hse.ru)



#### **Abstract**

Federalism, from one turn, does maintain much more opportunities for expression and promoting of legitimate regional interests. However, from other side, federal form of state organization appears to be a solid factor that limits considerably a freedom of actions of the central power that it is obliged to promote and protect overall national interests within the state and beyond of its frontiers. In the modern world, Canadian federalism is one from most famous and respectable state regimes. Under federal banner Canada passed several stages of national development while demonstrating undisputable capability for evolution and adaptation towards constantly changing social and economic conditions. Formerly a highly centralized state, Canada has transformed itself peacefully into a decentralized power within an old Constitutional Act. One of the issues standing perpetually in front of levels of powers is policy of its abundant natural resources. The subject of article is a research of ways and means of cooperation and confrontation between center and periphery over management of these resources. The study is based of the methodology: formal legal historical, system analysis and dialectical one. From evaluation of flexible leadership over the field, author makes a conclusion about great measure of efficiency in the leading a highly decentralized federation on the base of the rule of law and clear-cut political will completely loyal to all existing legal limitations and prohibitions and bright cadres capable to implement skillfully and decisively every legitimate way for public purpose. Only such model of state leadership have a future in the modern civilization. Therefore the democratic ways and means, elaborated by Canadian social fabric and state bodies, do deserve strong attention of the Russian explorers and practitioners.



#### **Keywords**

federalism, provinces, constitutional norms, spheres, competence, oil, gas, complex, incomes, taxes, royalties.

**For citation:** Danilov S. Yu. (2019) Natural Resources Management in Federation: Canadian Model. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 5, pp. 215–236 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.215.236



#### **References**

Armstrong W. et al (2014) *Dependence and Divergence. Canada and the United States*. 3rd ed. Lanham (Md.): Univ. Press of America, 345 p.

- Banting K. et al (2012) *And No One Cheered. Federalism, Democracy and the Constitutional Act*. 2nd ed. Montreal: McGill-Queens Univ. Press, 279 p.
- Boadway R., Kitchen H. (2002) *The Canadian Tax Policy*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 305 p.
- Bogdanovskaya I. Yu. (2010) Classification of Constitutions in the Common Law Countries. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 29–40 (in Russian)
- Burgess M. et al. *Canadian Federalism: Past, Present, Future*. Leicester: Univ. of Leicester Press, 349 p.
- Chirkin V.E. (ed.) (2017) *The Constitution in 21th century. A Comparative Legal Exploration*. Moscow: Norma, 656 p. (in Russian)
- Doern B., Toner G. (2001) *The Politics of Energy. Development and Implementation of the National Energy Program*. 2nd ed. Toronto: Methuen, 541 p.
- Federalism: Theory, Institutions, Relations. A Comparative Legal Study* (2001). Moscow: Jurist, 376 p. (in Russian)
- Harrison K. (2009) *Racing to Bottom. Provincial Interdependence in the Canadian Federation*. Vancouver: Univ. of British Columbia Press, 431 p.
- Hogg P. (2007) *The Constitutional Law of Canada*. Toronto: Gage, 685 p.
- Laforest G. (2003) *Reconciling the Solitudes. Essays on the Canadian Federalism and Nationalism*. Montreal: McGill-Queens Univ. Press, 455 p.
- Olling R., Westmacott N. (2009) *Perspectives on Canadian Federalism*. Toronto: Prentice-Hall, 436 p.
- Pammett J. (2011) *The Integration Question. Political Economy in the North America*. Toronto: Addison-Wesley, 262 p.
- Phillips O.H. (2008) *The Constitutional and Administrative Law*. 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 756 p.
- Public Law in Canada* (2010) Bourgeois D., ed. Toronto: Nelson, 365 p.
- Reezor B. (2007) *The Canadian Constituion in Historical Perspective*. Toronto: Prentice-Hall, 227 p.
- Scott F. (2000) *Essays on the Constitution. Aspects of Law and Politics in Canada*. Toronto: Univ. of Toronto Press, 410 p.
- Tardif A. (2005) *The Legal Framework of Government. A Canadian Guide*. Toronto: Canada Law Books, 340 p.
- Thur M. (2004) *The Energy Policy and Federalism*. Toronto: Institute of Public Administration, 182 p.
- Tupper A. et al. (2009) *Public Money in Private Sector. Industrial Assistance Policy and the Canadian Federalism*. 2nd ed. Montreal: McGill-Queens Univ. Press, 508 p.
- Watts R. (2008) *Comparing Federal Systems*. Boston: Allyn and Bacon, 240 p.
- Watts R. et al. (2000) *Power Divided. Essays on Theory and Practice of Federalism*. 2nd ed. Berkeley (Cal.): Institute of Intergovernmental Studies, 163 p.
- Whyte J. (2009) *The Constitution and Natural Resources Revenues*. Toronto: Univ. of Toronto Press, 155 p.

# Становление гражданского права Китая в 1912–1929 гг. (предкодификационный период)

---



**П.Н. Дудин**

Центр изучения государства и права стран Восточной Азии Восточно-Сибирского государственного университета технологий и управления, кандидат политических наук. Адрес: 670018, Российская Федерация, Улан-Удэ, ул. Ключевская, 40 «В»/1. E-mail: dudin2pavel@gmail.com



**А.И. Цыреторов**

Доцент, кафедра уголовного процесса Восточно-Сибирского института МВД, кандидат юридических наук. Адрес: 664074, Российская Федерация, Иркутск, ул. Лермонтова, 110. E-mail: alex.tsi@mail.ru



## **Аннотация**

Авторы на основе не публиковавшихся ранее на русском языке материалов изучают процесс формирования гражданского права как самостоятельной отрасли права Китая, особое внимание уделяя началу XX в., когда правовая система страны вступила в период модернизации. Обозначенный период характеризуется отсутствием нормативно-правового материала, регулирующего имущественные и личные неимущественные общественные отношения, составляющие основу гражданского права, и активной деятельностью Верховного суда Китайской Республики. Его председатели, получившие высшее юридическое образование, посредством опоры на общие принципы права, применения правовых обычаев, толкования старого Цинского законодательства и доктринальной интерпретации проектов законов сумели создать уникальную правоприменительную практику. В рамках правовой системы, заимствующей основную часть правовых позиций и конструкций из романо-германской правовой семьи, судебная практика, не будучи формально объявленной в качестве источника права, фактически заняла в иерархии источников главенствующее положение на полтора десятка лет, до принятия в 1929–1931 гг. первого и единственного Гражданского кодекса Китая. Такая ситуация стала возможной в связи с тем, что руководство империи Цин, долгое время старавшееся держать страну в международной изоляции, в итоге было вынуждено не только открыть иностранцам города и порты, но и пойти на фактически полное заимствование правовых норм из права европейского, преимущественно немецкого, французского, бельгийского и т.д. Однако слепое копирование правовых норм не дало должного результата, а политическая борьба, развернувшаяся после упразднения монархии, и отмена прежнего законодательства создали юридический вакуум, который необходимо было заполнять судебным органам и другим правоприменителям. Это позволило Верховному суду Китая не только обеспечивать единообразие судебной практики, но и стать правотворческим органом, адаптируя сложившиеся ранее правовые нормы к потребностям современной действительности. Верховный суд обобщил и систематизировал собственные решения за первые семь лет деятельности, с 1912

по 1918 гг., опубликовав их в виде сборника тезисов. В статье подчеркивается, что исследования источников права Китая периода 1912–1949 гг. является одним из условий приращения нового знания, понимания правовых традиций и подходов к решению проблем и регулированию общественных отношений, характерных для современного китайского общества.

---



### Ключевые слова

Верховный суд, Китайская Республика, судебная практика, судебный прецедент, принципы права, источник права, систематизация законодательства, правовая доктрина

---

---

**Для цитирования:** Дудин П.Н., Цыреторов А.И. Становление гражданского права Китая в 1912–1929 гг. (предкодификационный период) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 237–253.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.237.253

## Введение

Актуальность заявленной темы обусловлена прежде всего тем, что в настоящее время Китай является крупнейшим торговым партнером России, обе страны заинтересованы в развитии сотрудничества в ряде отраслей, на первое место выходит гражданское и торговое (или коммерческое) право. После окончания «культурной революции», нацеленной на противодействие возможной «реставрации капитализма» и «борьбу с внутренним и внешним ревизионизмом», начиная с 1978–1979 гг. КНР постепенно открывается миру. Это же происходит в юриспруденции: постепенно воссоздаются юридические факультеты, в научный оборот возвращаются западные теории права, а работы немецких ученых Савиньи, Вольфа и британского ученого Морриса оказывают большое влияние на развитие гражданского, предпринимательского и международного частного права (так, в 1979 г. вступил в силу Закон КНР о предприятиях с иностранными инвестициями) [Цзоу Лунмэй, 2014: 89].

В настоящее время в КНР проходит реформа кодификации гражданского законодательства [Ербахаев Е.А., 2018: 81–99], что требует от российской юридической науки не только пристального внимания к текущим правотворческим событиям в этой стране. Знание и понимание правоприменителя требуют глубокого изучения истории данной отрасли права, поскольку без этого вряд ли можно полноценно осуществлять анализ текущей ситуации и прогноз развития правового регулирования отдельных общественных отношений, в которые вступают граждане России, наши коммерческие и некоммерческие организации и органы государственной власти с китайскими контрагентами. Кодификация гражданского права в этой стране осуществляется вторично: до

этого в 1929–1931 гг. центральное правительство Китая не без участия деятелей российской юридической науки добилось принятия Гражданского кодекса, состоявшего из пяти частей (книг), которые были переведены на русский язык редакционной комиссией под руководством выдающегося российского ученого-юриста, выпускника МГУ В.А. Рязановского. В настоящее время Российское государство нуждается в подобных научных изысканиях и ожидает от отечественной юридической науки адекватного ответа.

Правовая система Китая уникальна: она вобрала в себя элементы традиционного права, базирующегося главным образом на философии конфуцианства, романо-германской правовой семьи и, безусловно, советского права. Особое место в ней всегда занимали нормы гражданского права, которые не были определяющими, но именно они породили ряд правовых (и правоприменительных) конструкций, которые на протяжении последних 100 лет вызывают интерес иностранных правоведов и являются объектом исследования настоящей статьи. Поэтому предметом статьи являются трансформация и развитие гражданского права Китая в период с провозглашения Республики до принятия Гражданского кодекса, а также определение места практики Верховного суда Китая в обозначенный период в системе его источников.

## **1. Генезис гражданского права имперского Китая**

В западной науке среди исследователей истории и генезиса китайского гражданского права, а вместе с ним — и гражданского процесса, ведущая роль принадлежит русским юристам — деятелям Харбинского эмигрантского сообщества, которые трудились как над изучением материального права, так и над вступившими в тот же период на путь обособления нормами гражданского процессуального права. Ведущая роль принадлежит преподавателям юридического факультета Харбина: Н.О. Прищепенко [Прищепенко Н.О., 1931: 260–267], В.А. Рязановскому [Рязановский В.А., 1926], Г.К. Гинсу [Гинс Г.К., 1931, 235–238], Г.Г. Авенариусу [Авенариус Г.Г., 1922: 131–146] и И.С. Горшенину [Горшенин И.С., 1928: 1-7]. Однако имеющийся научный материал, во-первых, фрагментарен и отражает только интересы отдельных исследователей, что не позволяет комплексно взглянуть на систему гражданского права и гражданского процесса Китая в первой половине XX в.; во-вторых, отечественными юристами до сих пор не затрагивался вопрос глубокого изучения источников китайского права, места и роли каждого из них в общей системе китайского права. Это обусловило необходимость написания нашей работы, призванной открыть научную дискуссию.

Также важно отметить, что правовая система Китая до середины XX в. не выделяла в отдельную отрасль семейное право, подвергая данные общественные отношения регулированию вкуче с гражданскими. Так, брачно-семейные

отношения регулировал даже Гражданский кодекс Китайской Республики<sup>1</sup>, поэтому в настоящей статье мы придерживаемся этого отнесения.

История устойчивой систематизации китайского законодательства, когда появилась возможность вести речь о сложившихся правовых институтах, начинается в VII в. В уголовном законодательстве династии Тан (618–907 гг.) имелись отдельные гражданские институты, которые не были самостоятельными и сочетались с уголовными запретами. Так, цзюань 5 Уголовных установлений защищал имущество китайских подданных<sup>2</sup>, цзюань 6 упоминал о родственных связях и родственных отношениях<sup>3</sup>, весь раздел 4 (цзюани 12–14) был посвящен семье и браку, некоторому недвижимому имуществу (полям и кладбищам), отдельным сторонам частной жизни общинного быта, а также наказаниям за нарушение принятых установлений<sup>4</sup>. Защиту скота и другого имущества обеспечивал цзюань 19<sup>5</sup>, жизни и здоровья — частично цзюани 17, 18, 21, 22, 23<sup>6</sup>, а чести и достоинства — частично тот же цзюань 23<sup>7</sup>. Цзюань 26 обеспечивал гарантии залоговых и долговых обязательств<sup>8</sup>, запрещал использование свободных подданных в качестве рабов<sup>9</sup> и затрагивал некоторые иные гражданские институты. С этого времени все китайское законодательство вбирало в основу традиции, структуру и основной набор институтов Танского права.

Е.И. Кычанов, анализируя институты гражданского права — собственность, залог и иные обязательственные правоотношения, брак и семью, усыновление и наследование [Кычанов Е.И., 1986: 171–227] Танского периода и эпохи династии Сун (960–1279 гг.), обращался к законодательству империи Западное Ся, в котором также исследовал институты вещного права и права собственности, залог и обязательственные права, находки, а также брачно-семейные отношения<sup>10</sup>. В эпоху династии Мин (1368–1644 гг.) гражданско-правовые нормы в основной своей массе соответствовали более ранним

<sup>1</sup> Гражданский Кодекс Китайской Республики. Книга четвертая: Семья (опубликована 26.12.19 года К.Р. (1930 г.), введена в действие 5.05. 20 года К.Р. (1931 г.). Пер. с кит. Харбин, 1934. 31 с.

<sup>2</sup> Уголовные установления Тан с разъяснениями («Тан люй шу и»). Цзюани 1–8. Введ., пер., коммент. В.М. Рыбакова. СПб., 1999. С. 225–226.

<sup>3</sup> Там же. С. 271–273.

<sup>4</sup> Уголовные установления Тан с разъяснениями («Тан люй шу и»). Цзюани 9–16. СПб., 2001. С. 108–192.

<sup>5</sup> Уголовные установления Тан с разъяснениями («Тан люй шу и»). Цзюани 17–25. СПб., 2005. С. 88–146.

<sup>6</sup> Там же. С. 23–59, 147–241, 243–246.

<sup>7</sup> Там же. С. 241–243.

<sup>8</sup> Уголовные установления Тан с разъяснениями («Тан люй шу и»). Цзюани 26–30. СПб., 2008. С. 24–28.

<sup>9</sup> Там же. С. 28–31.

<sup>10</sup> Измененный и заново утвержденный кодекс девиза царствования Небесное процветание (1149—1169). Пер., исслед. и примеч. Е.И. Кычанова. В 4-х кн. Кн. 1. Исследование. М., 1988. С. 179–316.



периодам. Например, разделы о браке не только предполагали систему наказаний за нарушение этих норм, но и частично включали в себя нормы материального права, а также регламентировали процедурные вопросы вступления в брак<sup>11</sup> и некоторые связанные с этим вопросы.

Брачно-семейные отношения присутствовали в качестве первостепенных в Уложении династии Цин (Да Цин Луи Ли, Свод законов Великой династии Цин), которое в 1778–1779 гг. перевел на русский язык и опубликовал А.Л. Леонтьев под названием «Китайское уложение»<sup>12</sup>. Помимо обозначенных выше норм в императорском законодательстве присутствовали нормы торгового права<sup>13</sup>, а также охранительные нормы в отношении жизни и здоровья, чести и достоинства и др. На английский язык Цинское уложение было переведено в 1810 г. Д. Стэнтоном [Staunton G., 1810] и впоследствии частично переведено на русский язык С.В. Козловым, указывавшим, что раздел 2 посвящен гражданским законам, в числе которых назывались нормы наследственного и торгового права, права собственности, брачно-семейных отношений и др. [Козлов С.В., 1899: 23-30]. Таким образом, посредством беглого анализа норм императорского законодательства периода 618–1912 гг. можно констатировать, что право Китая до Синьхайской революции не было структурировано по отраслевому принципу, упор делался на нормы уголовного права, а иные правовые отношения подвергались регулированию в границах соответствующих уголовных установлений.

На закате своего правления династия Цин предприняла попытки модернизировать правовую систему страны, создать благоприятные условия для развития рыночных институтов. Началась подготовка проектов Гражданского кодекса, который так и не был принят, но зато в 1904 г. удалось утвердить Торговое уложение [Ван Чжихуа, 2015: 85-96], которое имело большое значение для развития торгового права уже республиканского Китая. По замечанию В.Е. Варавенко, «ключевой особенностью становления китайского гражданского права в конце XIX — начале XX вв. была необходимость реформирования правовой системы, обусловленная преимущественно внешнеэкономическими и внешнеполитическими факторами: поражением в опиумных войнах, кабальными договорами с колониальными державами, слабым уровнем развития национальной экономики» [Варавенко В.Е., 2012: 177]. Таким образом, внутривополитические условия совпали с ситуацией на международной арене, а положительный опыт Японии, которая за 40 лет сделала рывок от

---

<sup>11</sup> Законы Великой династии Мин со сводным комментарием и приложением постановлений: в 2-х ч. Пер. с кит.; исслед., примеч. и прилож. Н. П. Свистуновой. М., 2002. Ч. 2. С. 128–142.

<sup>12</sup> Китайское уложение: [в двух частях] / перевел сокращенно на Российский язык коллегии Иностранных дел майорского ранга Секретарь Алексей Леонтьев. СПб., 1778. Ч. 1. С. 94–108, 114–119, 140–160.

<sup>13</sup> Там же. С. 193–203.

отсталой и замкнутой страны к статусу великой державы, заставил руководство империи Цин искать и правовые инструменты модернизации.

## **2. Источники гражданского права Китая в период становления республиканских институтов**

Установление в Китае республики в 1912 г. открыло новые перспективы развития правовой системы. В.А. Рязановский отмечал, что Да Цин Луй Ли утратил юридическую силу в уголовной части в связи с принятием временного Уголовного уложения в 1912 г., но сохранял ее в гражданских правоотношениях, для подкрепления чего Верховный суд дал соответствующее разъяснение: «До опубликования гражданского кодекса китайской республики, законы династии Цинов остаются в силе, кроме тех которые отменены или противоречат новому государственному строю» [Рязановский В.А., 1926: 3-4] (*стилистика и пунктуация сохранены. — Авт.*). Таким образом, в качестве основного источника гражданского права в Китайской Республике продолжал действовать свод законов империи Цин.

Однако беспокойная внутривластная обстановка, центробежные выступления в центральных и южных провинциях в 1915–1916 гг., а затем попытки реставрации монархии летом 1917 г., многочисленные столкновения между милитаристскими группировками создали препятствия на этом пути. Одновременно с неразберихой в государственной системе наблюдается аналогичная ситуация в области права.

В числе других источников китайского гражданского права В.А. Рязановский называл законы (общенациональные и провинциальные); правовой обычай, признаваемый в качестве такового решением Верховного суда Китая; принципы права [Рязановский В.А., 1926: 7–9]. Однако сам же автор признавал еще один источник — практику Верховного суда Китайской республики, а за этим органом — правотворческие функции, говоря, что китайское право того времени представляло собой право переходного периода [Рязановский В.А., 1926: 5]. С одной стороны, оно подвергалось интерпретации высшим судебным органом страны, который восполнял правовые пробелы и ликвидировал правовые коллизии в связи с тем, что этого не могли сделать иные источники права. С другой стороны, на судебные решения оказывал существенное влияние проект Гражданского кодекса, разработанный Министерством юстиции (на русский язык была переведена только часть проекта)<sup>14</sup>. Проект не был принят в качестве нормативного правового акта,

---

<sup>14</sup> Проект Гражданского Уложения Китайской Республики. Кн. первая. Положения общие. Харбин, 1927; Проект Гражданского Уложения Китайской Республики. Кн. Вторая. Обязательства. Пер. с кит. К.В. Успенского под ред. В.А. Рязановского. Харбин, 1927.

но активно использовался Верховным судом Китая для заполнения пробелов в праве и таким образом стал практически самостоятельным источником права в качестве правовой доктрины.

### **3. Практика Верховного суда Китайской Республики и принципы права как источники гражданского права**

Несмотря на ряд исследований изменений, происходивших в правовой системе в рассматриваемый период истории Китая в работах преподавателей юридического факультета в Харбине и наших современников, мы, к сожалению, не находим анализа имевшего место в истории Китая (фактического) прецедентного права. Более того, даже в научной литературе можно встретить оговорки, являющиеся результатом незнания отдельных правовых памятников Китая. Так, В.В. Богатырев и Т.В. Степанова указывают, что «на протяжении всей многовековой истории Китая судебный прецедент практически не использовался в суде в качестве аргумента в пользу судебного решения. Можно с уверенностью сказать, что института судебного прецедента в качестве источника права в Древнем, Средневековом и современном Китае не существовало и не существует» [Богатырев В.В., Степанова Т.В., 2011: 61]. Поэтому одна из задач настоящей статьи — дать на фоне изучения источников китайского гражданского права в предкодификационный период общую характеристику уникальному правоприменительному механизму, сформированному Верховным судом Китая и в современной отечественной юридической науке до настоящего времени не исследованному.

Ярчайшим свидетельством того, что в Китае в рассматриваемый период судебная практика выступала в качестве полноценного источника права, является «Собрание кратких изложений судебной практики Верховного суда Китайской республики по гражданским и коммерческим делам», составленное и частично опубликованное на английском языке в 1920 г. китайским юристом и последним послом Китайской республики в Великобритании Тяньси Чэном (известен и как Т.Ф. [Futting] Чэн) [Cheng F.T., 1920: 36, 39]. Существенный вклад в изучение этого вопроса внес крупный исследователь Китая Ж. Эскарра, систематизировавший и издавший на французском языке в 1924 г. судебные решения в более развернутом формате [Escarra J., 1924].

Переходя к рассмотрению собственно судебной практики, отметим, что Верховный суд как учреждение возник в последние годы правления императора Гуансюя (1875–1908 гг.), считающегося основоположником модернизации Китая. Придя на смену Палате по уголовным делам, являвшейся высшей судебной инстанцией Империи, Верховная судебная палата в 1906 г. получила юрисдикцию не только в области уголовного, но и гражданского

судопроизводства. Это можно считать переломным моментом не только в системе правосудия Китая, но и в целом в системе правоприменения. Палата состояла из 25 человек и делилась на две камеры: по уголовным и гражданским делам. Палата была высшей судебной инстанцией страны, имеющей право на пересмотр не только судебных решений, но и отдельных нормативных правовых актов, чем она отличалась от Палаты по уголовным делам более раннего периода.

После провозглашения Республики правительство в Пекине преобразовало Верховную судебную палату в Судебную палату и сохранило за ней статус высшего судебного органа при придании Министерству юстиции статуса высшего юрисдикционного органа в административных делах. В статьях 48–52 Временной Конституции Китайской республики (1912) говорилось, что Верховный суд (в тексте акта — Судебная палата) формируется из числа судей, каждый из которых назначается временным президентом и министром юстиции<sup>15</sup>. В Конституции 1914 г. право назначать судей было закреплено исключительно за президентом<sup>16</sup>. В 1919 г. был принят Закон «Об организации судебной власти в Китайской республике»<sup>17</sup>, которым устанавливалась судебная система, определялись категории судов, судебные округа и т.д.

В 1927 г. националистическое правительство партии Гоминьдан совершило так называемый «Северный поход», в результате чего Пекин перестал быть столицей, и все государственные учреждения, включая органы высшей судебной власти, были переведены в Нанкин. Судебная палата 5 ноября 1927 г. была переименована в Верховный суд, первым председателем которого стал Юй Юнцзяо, а затем — Лин Сиань. Последний из 11-ти (фактически — 12-ти) председателей Судебной палаты Яо Чжэнь сложил полномочия в июне 1928 г. (он бежал в японскую концессию в Тяньцзине, где умер в 1935 г.), а высший судебный орган Китайской республики открыл новую страницу своей истории.

Обратимся теперь к содержанию нормативной базы, позволившей судебной практике занять положенное ей место в среде источников китайского гражданского права. Судебная палата (далее — Верховный суд) действовала в качестве высшей апелляционной инстанции, а ст. 35 Закона «Об организации судебной власти в Китайской республике» определяла, что Верховный суд может объединять (обобщать) толкования тех или иных правовых норм [закона], но не может давать распоряжения [нижестоящим судам и] судьям

---

<sup>15</sup> The Provisional Constitution of the Republic of China. The American Journal of International Law, 1912, vol. 6, July, pp. 153–154.

<sup>16</sup> The constitutional compact, i.e., the amended provisional constitution of the Republic of China promulgated May 1, 1914. S. L., 1914. P. 9.

<sup>17</sup> Law of the organization of the judiciary of the Chinese republic. Peking, 1919. 42 p.

в отношении того, как им следует выносить решение или вести дела. Фактически на Верховный суд возлагалась функция обеспечения единства толкования законодательства.

Статья 202 Регламента Верховного суда (1919) детализировала данное положение, установив, что Верховный суд вправе: а) разъяснять неопределенные пункты [того или иного закона]; б) исправлять в интересах государства любое ошибочное толкование любых положений закона или подзаконного акта, которое могло быть дано любым государственным органом или чиновником.

Таким образом, с одной стороны, Верховному суду запрещалось давать распоряжения нижестоящим судам и судьям. С другой стороны, данные этому государственному органу полномочия исправлять любые ошибочные толкования закона способствовали приведению судебной практики к единообразию. Результаты интерпретационной деятельности Верховного суда выступали в качестве ориентира для нижестоящих судебных органов. Фактический запрет на указания судьям, как им следует выносить решение или вести дела, ни в коей мере не помешал сформировать признанную в качестве источника права богатую судебную практику.

В практике Верховный суд исходил из того, что в отсутствие прецедентных условий дело должно рассматриваться в соответствии с общими правовыми принципами (дело № 122–1915<sup>18</sup>) [Escarra J., 1924: 1]. Не задаваясь целью детального анализа практики Верховного Суда Республики, остановимся на наиболее интересных, знаковых, по нашему мнению, положениях.

Во многом Верховный суд опирался на законодательство династии Цин в части, не противоречащей потребностям нового государственного строя, в первую очередь, на Да Цин Луй Ли. Так, в практике по вопросам наследования Верховный суд, вторил положениям Да Цин Луй Ли в части равного разделения имущества лица между всеми его сыновьями (1198–1914) [Escarra J., 1924: 4]. Наряду с этим в судебной практике в вопросах наследования делался акцент на необходимости учета культа предков (1247–1916) [Escarra J., 1924: 363].

Кроме того, в судебной практике нашел подтверждение запрет на покупку или продажу замужних женщин (656–1916) [Escarra J., 1924: 93], покупку или продажу женщины в целях их использования как главной жены или сожительницы покупателя (427–1918) [Escarra J., 1924: 94]. Ничего нового Верховный суд этим не внес, так как запрет на куплю-продажу людей был введен при династии Цин в 1909 г.

---

<sup>18</sup> Здесь и далее приводится нумерация рассмотренных дел, присутствующая в «Собрании кратких изложений судебной практики Верховного суда Китайского Республики».

Отметим, что вместе с гуманными положениями законодательства Цин в судебную практику «перекочевало» немало патриархальных по характеру норм: так, было определено (863–1918) [Escarra J., 1924: 10], что женщина в браке не может иметь отдельного домицилия (постоянного места проживания) и обязана проживать со своим мужем (1514–1915) [Escarra J., 1924: 10]. Собственная практика Верховного суда также склоняла чашу весов в пользу мужчины. Так, если на момент развода по взаимному согласию супруги не составили соглашения об опеке над детьми, то по общему правилу данная опека вверялась отцу (269–1914) [Escarra J., 1924: 327–328].

Однако деятельность Суда не ограничивалась дублированием законодательства династии Цин и тиражированием судебной практики, основанной на нем. Несмотря на сохранение многих элементов патриархальности, в ряде вопросов Верховный суд сделал прогрессивные шаги, решив ряд назревших социально-экономических потребностей в правовом регулировании. Например, широким толкованием права, по сути, Суд разрешил развод в случае невозможности счастливой совместной жизни супругов (несходство характеров) (922–1917) [Escarra J., 1924: 303]. Также был разрешен развод, если поддержание дальнейшей супружеской жизни становилось невозможным или вследствие серьезного ущерба, причиненного жене мужем, например, в случае клеветы мужем на жену о ее распутстве (717–1916) [Escarra J., 1924: 321]. В отсутствие законодательного регулирования статуса ценных бумаг на предъявителя Верховный суд определил их содержание и условия признания ничтожными (565–1917) [Escarra J., 1924: 172]. Правовой статус юридических лиц отличался спецификой и заслуживает, по нашему мнению, отдельного рассмотрения.

В целом произошел принципиальный сдвиг, переход к иному пониманию правовой природы гражданской ответственности. Если ранее граница между гражданско-правовой и уголовной ответственностью была размыта, и любая ответственность за какой-либо ущерб рассматривалась в первую очередь через призму уголовного права, то Верховный суд в своей практике стал разграничивать формы вины: «умысел», «серьезная ошибка», «небрежность», «небольшая ошибка», стал оперировать ранее неизвестными китайскому праву категориями: «непреодолимая сила», «риск», «непредвиденный случай» и т.д. (ст. 866, 541, 542, 545).

При отсутствии в законодательстве норм, регулирующих алиментные обязательства, Верховный суд, основываясь на общих принципах права, максимально возможно для своего времени детально и при этом по современным меркам справедливо урегулировал данный вопрос: были определены получатели и плательщики алиментов, основания и способы исполнения алиментных обязательств (ст. 1334–1380) [Escarra J., 1924: 344–350]. Например,

было определено, что, если развод супругов назначен ввиду нарушений со стороны мужа, то он обязан уплатить жене оговоренное алиментное пособие (1470–1915). В качестве китайской специфики в данной сфере можно назвать алиментные обязательства членов клана (874–1914) [Escarra J., 1924: 347].

Как пример специфического понимания справедливости можно обозначить решение Верховного суда, возложившее на лицо, которое наняло на работу девочку из бедной семьи, обязанность жениться на девушке по достижении последней 25 лет в случае ее несостоятельности, отсутствия семьи (в том числе близких родственников) и ее безбрачия (776–1918) [Escarra J., 1924: 119–120].

#### **4. Влияние традиций и обычаев в области гражданского права на практику Верховного суда Китайской Республики**

Как отмечалось, видное место в жизни Китая занимали традиции и обычаи, что, разумеется, не могло игнорироваться практикой Верховного суда. Так, не отказываясь от традиционного института сожительниц (своего рода второстепенных жен), Верховный суд определил порядок установления подобного рода отношений, уточнив правовой статус сожительниц (186–1918) [Escarra J., 1924: 271].

Некоторые решения Верховного суда базировались на обычаях, хотя и архаичных по содержанию, но широко практикуемых отдельными слоями населения. Например, в соответствии с широко распространенным в среде крестьян обычаем считалась, что девушка входит в семью назначенного супруга еще до брака при условии, что она провела детство и проживала в семье последнего. Основываясь на данном обычае, суд на случай смерти назначенного супруга постановил, что, если связь между девушкой и семьей покойного назначенного супруга не была прервана, то в дальнейшем, после возвращения девушки в родную семью, именно родители ее покойного назначенного супруга в первую очередь дают согласие на новый брак, который она заключает (297–1918) [Escarra J., 1924: 293].

Также существовали обычаи, закрепляющие привилегированное положение отдельных лиц: в провинции Гири (совр. Цзилинь, считалась домом династии Цин), существовал правовой обычай, в силу которого земельные собственники признавали некоторых маньчжуров в качестве сюзеренов их земельных наделов. Как следствие, многие маньчжуры приобрели право получать доход с земель, в отношении которых признавался их сюзеренитет. Возделывание земельных угодий обеспечивалось в ту эпоху благодаря защите маньчжурами собственников земель, и это сохранилось после падения

династии Цин. В связи с этим Верховный суд счел несправедливым лишить маньчжуров приобретенных ими прав ввиду того, что «соблюдение данных прав не противоречит ни общественному порядку, ни государственным интересам» (845–1914) [Escarra J., 1924: 6].

Закономерен вопрос: почему в ряде случаев Верховный суд в своей деятельности не продвигал прогрессивные западные институты, а опирался на нормы прошлого? О. Эрлих в работе «Основоположение социологии права» отмечает, что «базовые институты цивилизованных обществ согласуются между собой в основных положениях» [Эрлих О., 2011: 592]. Автор пишет: «...куда бы мы ни поехали, мы найдем там брак, семейный союз, владение, договоры, наследование. В той мере, в которой создавшее то или иное правовое предложение (*нормативные предписания*. — Авт.) общество схоже с теми обществами, которые переняли данное предложение, само это предложение оказывается применимым к перенявшим его обществам» [Эрлих О., 2011: 592]. Мы не можем в полной мере согласиться с мнением О. Эрлиха, поскольку в его основе лежит обобщение, ушедшее в крайность. Действительно, институт брака универсален, но его детализация, в частности, в китайской культуре настолько отлична от западноевропейского, что не позволила бы даже механистически использовать в полной мере опыт последнего на том этапе общественного развития. Тем более мы должны осознавать, что характер правовой системы и развитие права во многом определяются качествами общества и уровнем его развития. Например, институт сожительниц никак не вписывался в западноевропейское понимание института семьи.

Безусловно, трансплантация новых правовых институтов должна быть плавной, главным образом потому что право, являясь частью социальной действительности, применимо лишь настолько, насколько его предписания смогут восприниматься обществом. Чересчур интенсивная трансформация общественной жизни, полный отказ от патриархальных порядков и пережитков феодализма, не совсем справедливых, но устоявшихся в течение значительного промежутка времени, вызывает у общества отторжение. Правовые решения, которые не учитывали бы реалии или не могли быть адаптированы под них, не нашли бы понимания в китайском обществе. Поэтому любой шаг в данном вопросе должен быть взвешенным, осторожным, соотношенным с «духом времени». В конечном счете система права любого государства должна в большей степени отражать уровень общественного развития, а не быть результатом произвольного нормативного конструирования. Подход, отражающий уровень общественного развития, отвечает социальным ожиданиям или, другими словами, позволяет обеспечить справедливость исходя из системы социальных реалий. Осознание данного факта вынудило Верховный суд в некоторых вопросах оставить в силе и придать правовой характер



хотя и откровенно архаичным и несправедливым (по современным меркам), но устоявшимся на протяжении веков обычаям.

Оценивая проделанную высшей судебной инстанцией Китая работу, председатель Верховного суда Яо Чэн говорит следующее: «После установления Республики деятельность Верховного суда стала строго соответствовать букве закона. Если же имело место что-либо не соответствующее или противоречащее современному сознанию, то это исправлялось в той мере, в которой было возможным с помощью толкования, а при полном отсутствии законодательства по данному вопросу, после учета всех реалий страны и общих принципов права, создавался прецедент (case law)» [Escarra J., 1924: iii].

Подобное правотворчество Верховного суда можно рассматривать в русле социологического подхода к правоприменению, а именно теории свободного права, зародившейся в Европе в конце XIX в. и крайне популярной в начале XX в. Эта теория констатировала связанность права с другими явлениями, его развитие под влиянием нравственных воззрений и чувства справедливости правоприменителя. Так, С.А. Муромцев, сторонник этой теории, сформулировал идею, что «жизнь права» несравненно шире юридических норм, и правоприменитель, прежде всего суд, не должен быть слепым орудием законов, часто очень несовершенных и противоречивых, а иногда и вовсе отрицающих право, понимаемое как высшая справедливость [Корнев А.В., 2016: 33–34]. Право в интерпретации автора — не только нормы положительного закона, но и судебная практика.

Таким образом, костяком данной теории является не только отрицание исключительного значения «писаного права», но и «признание наряду с последним, а иногда и вместо него различных незаконных критериев, которые и объединяются понятием «свободное право»» [Липень С.В., 2013: 18]. Эта концепция вовлекла в орбиту процесса правоприменения внепозитивные факторы, связанные с уровнем развития общественного сознания и вопросами справедливости.

## **Заключение**

История Китая наглядно демонстрирует, что для развития правовой системы в начале XX в. применительно к гражданскому праву страна не только заимствовала отдельные правовые институты и правоприменительные инструменты у европейских держав, но успешно адаптировала их под собственную правовую действительность. Во-вторых, при модернизации, которая присутствовала на завершающем этапе существования империи Цин и в период становления республиканского строя, не происходит однозначного и окончательного отказа от многовековых законодательных и правовых

традиций, но наблюдается их преобразование с учетом общественных потребностей. В-третьих, следуя курсом формирования правовой системы в рамках континентальной правовой семьи, правоприменитель не исключал и отступлений от ее классических канонов, когда это было необходимо для заполнения пробела или преодоления коллизии. В-четвертых, хотя судебного прецедента в его традиционном понимании в Китайской Республике не сложилось, допустимо оговорить о его своеобразной разновидности, требующей дальнейшего изучения и научного обсуждения. Наконец, в-пятых, трудно переоценить роль Верховного суда в модернизации правовой системы. Именно этот орган посредством профессионального использования имеющихся в его распоряжении возможностей и инструментов в виде прежнего (во многом архаичного) и нового (во многом несовершенного и механистического) законодательства, собственных (весьма размытых и оттого широких) полномочий, а также правовых обычаев внедрил ряд прогрессивных, ранее не известных праву Китая институтов. Признавая невозможность немедленного отказа от многих устарелых норм, Верховный суд учитывал положительный правотворческий опыт зарубежных стран, внедряя те институты, которые на текущем этапе развития могли бы разрешить спор, урегулировать отдельные общественные отношения и не нарушили бы хрупкое равновесие, в котором нуждалось китайское общество.



## Библиография

Авенариус Г.Г. Суды и процессуальные нормы в Китае // Вестник Азии. 1922. № 48. С. 131–146.

Ван Чжи-хуа. Столетие торгового законодательства Китая (1904–2004 гг.) // Государство и право. 2015. № 9. С. 85–96.

Варавенко В.Е. Особенности реформирования гражданского законодательства КНР (на примере источников договорного права) / Актуальные проблемы совершенствования законодательства и правоприменения: материалы II международной научно-практической конференции. Уфа: Евразийский исследовательский институт проблем права, 2012. С. 176–179.

Гинс Г.К. Гражданский кодекс Китая и торговое право // Вестник китайского права. 1931. Сборник 1. С. 235–238.

Горшенин И.С. Земельная аренда в Маньчжурии // Вестник Маньчжурии. 1928. № 7. С. 1–7.

Ербахаяев Е. А. Место новых основных положений гражданского права КНР в системе гражданского законодательства // Eurasia: statum et legem (Евразия: государство и право). 2018. № 9. С. 81–99.

Кардозо Б. Природа судейской деятельности. Пер. с англ. М.: Статут, 2017. 112 с.

Козлов С.В. Китай. Гражданское и уголовное законодательство. СПб.: Типография В. Киршбаума, 1899. 96 с.

Корнев А.В. Толкование права в контексте различных типов правопонимания // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 33–34.

Кычанов Е.И. Основы средневекового китайского права (VII–XIII вв.). М.: Наука, 1986. 264 с.

Липень С.В. Идеи правотворчества и правореализации в политико-правовой мысли России XIX — начала XX в.: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2013. 52 с.

Богатырев В.В., Степанова Т.В. Особенности правовой системы современного Китая. Владимир: ВЮИ ФСИН, 2011. 132 с.

Прищепенко Н.О. Новый Гражданский кодекс Китая как источник права // Известия Юридического факультета в Харбине. 1931. Т. IX. С. 260–267.

Рязановский В.А. Современное Гражданское право Китая. Вып. 1. Очерк действующего китайского гражданского права. Харбин: Заря, 1926. 196 с.

Цзоу Лун-мэй. Международное частное право в Китае: новое развитие // Eurasia: statum et legem (Евразия: государство и право). 2014. № 2-3. С. 89–91.

Эрлих О. Основоположение социологии права. Пер. с нем. СПб.: Университетский издательский консорциум, 2011. 592 с.

Cheng F. (1920) *The Chinese Supreme Court Decisions (First translation relating to general principles of civil law and to commercial law)*. Peking, 85 p.

Escarra J. (1924) *Recueil des sommaires de la jurisprudence de la cour supreme de la republique de chine en matiere civile et commerciale 1912–1918*. Changhai, Mission Catholique, 528 p.

Staunton G. (1810) *Ta Tsing Leu Lee; being the Fundamental Laws, and a selection from the supplementary statutes, of the Penal Code of China*. London: Cadell and Davies, 651 p.

---

## **Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 5**

### **Formation of Civil Law in China in 1912–1929**



**Pavel Dudin**

Center for the Study of State and Law of East Asian Countries, East Siberian State University of Technology and Management, Candidate of Political Sciences. Address: 40 Kluchevskaya Str., Ulan-Ude 670018, Russian Federation. E-mail: dudin2pavel@gmail.com



**Alexey Tsyretorov**

Associate Professor, Criminal Procedure Department, East Siberian Institute, Ministry of Internal Affairs, Candidate of Juridical Sciences. Address: 110 Lermontov Str., Irkutsk 664074, Russian Federation. E-mail: alex.tsi@mail.ru



#### **Abstract**

In the article, the authors based on unpublished earlier in Russian language materials, study the process of civil law formation as an independent branch of law in China, paying special attention to the beginning of the 20th century, when the Chinese legal system entered the modernization period. That period is characterized by the existence of a phenomenon of the absence of regulatory and legal material that regulates property and personal non-property social relations that form the basis of civil law, with the activities

of the Supreme Court of the Republic of China. The court's presidents, having received a brilliant legal education, by relying on general principles of law, applying established legal customs, interpreting the old Qing legislation and doctrinal interpretation of draft laws, managed to create a unique law enforcement practice. In the framework of the legal system that takes most of the legal positions and constructions from the Roman-German legal family, the judicial precedent, without being formally declared as a source of law, actually took the predominant position in the hierarchy of sources for a decade and a half before it was adopted in 1929-1931, the first and only civil code of China. This situation became possible due to the fact that the leadership of the Qing Empire, long trying to keep the country in international isolation, as a result, was forced not only to open cities and ports for foreigners but also to actually take full advantage of the European right, mostly German, French and Belgian, etc. However, blind copying of legal norms did not give the desired result, and the political struggle after the abolition of the monarchy and the abrogation of the previous legislation created a legal vacuum that needed to be filled in by the judiciary and other law enforcement agencies. That allowed the Supreme Court of China not only to ensure the uniformity of judicial practice but also to become a law-making body, adapting the existing legal norms to the needs of contemporary reality. The Supreme Court summarized and systematized its own decisions for the first 7 years of activity, from 1912 to 1918, publishing them in the form of a collection of abstracts. In 1920 the collection was partially translated into English, and in 1924, into French. In 1923 it was supplemented with new jurisprudence and translated into Russian, but not published. And, despite the fact that the legal system of the PRC does not consider itself to any extent the successor of the legal system of the Republic of China, the study of the sources of law of the period 1912–1949 is a prerequisite for the fulfillment of the main function of any science — the growth of new knowledge, and in relation to legal science — understanding of legal traditions and approaches to solving problems and regulating social relations, which are also characteristic of modern Chinese society.



### Keywords

Supreme Court; Republic of China; arbitrage practice; judicial precedent; principles of law; source of law; systematization of legislation; legal doctrine.

**For citation:** Dudin P.N., Tsyretorov A.I. (2019) Formation of Civil Law in China in 1912–1929. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 5, pp. 237–253 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.5.237.253



### References

Avenarius G.G. (1922) Courts and Procedural Norms in China. *Vestnik Azii*, no 48, pp. 131–146 (in Russian)

Bogatyrev V.V., Stepanova T.V. (2011) *Chinese modern legal system*. Vladimir: Yuridical Institute Press, 132 p. (in Russian)

Cheng F. (1920) *The Chinese Supreme Court Decisions*. Peking: no publisher, 85 p.

Erlikh O. (2011) *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Saint Petersburg: University Press, 592 p. (in Russian)

Erbakhaev E.A. (2018) New Main Norms in the Chinese Civil Legislation. *Euroasia: statum et legem*, no 9, pp. 81–99 (in Russian)

- Escarra J. (1924) *Recueil des sommaires de la jurisprudence de la cour supreme de la republique de chine en matiere civile et commerciale 1912–1918*. Chang-hai, Mission Catholique, 528 p.
- Gins G.K. (1931) Chinese civil code and trade law. *Vestnik kitayskogo prava*, issue 1, pp. 235–238 (in Russian)
- Gorshenin I.S. (1928) Land lease in Manchuria. *Vestnik Man'chzhurii*, no 7, pp. 1–7 (in Russian)
- Kardozo B. (2017) Nature of Judicial Process. Moscow: Statut, 112 p. (in Russian)
- Kozlov S.V. (1899) China. Civil and criminal legislation. Saint Petersburg: Kirshbaium, 96 p. (in Russian)
- Kornev A.V. (2016) Interpretation of law in the context of various concepts. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 33–34. (in Russian)
- Kychanov E.I. (1986) *Medieval Chinese law*. Moscow: Nauka, 264 p. (in Russian)
- Lipen' S.V. (2013) Ideas of Law-Making in Russian Legal Thought: 19<sup>th</sup> and early 20<sup>th</sup> Centuries. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 52 p. (in Russian)
- Prishchepenko N.O. (1931) New Chinese civil code. *Izvestiya Yuridicheskogo fakul'teta v Kharbine*, issue 9, pp. 260–267 (in Russian).
- Ryazanovskiy V.A. (1926) Modern Chinese civil law. Kharbin: Zarya, 196 + 109 p. (in Russian)
- Staunton G. (1810) *Ta Tsing Leu Lee; being the Fundamental Laws, and a selection from the supplementary statutes, of the Penal Code of China*. London: Cadell & Davies, 651 p.
- Tszou Lun mey. (2014) International private law in China: new development. *Eurasia: statum et legem (Evraziya: gosudarstvo i pravo)*, no 2–3, pp. 89–91 (in Russian)
- Van Chzhi-khua (2015) Chinese trade legislation (1904–2004). *Gosudarstvo i pravo*, no 9, pp. 85–96; no 10, pp. 102–106 (in Russian)
- Varavenko V.E. (2012) Transforming common law institutes in Chinese contract law. Chinese legislation reform. *Aktual'nye problemy sovershenstvovaniya zakonodatel'stva i pravoprimereniya: materialy mezhdunarodnoy konferentsii. Grazhdansko-pravovye problemy*. Ufa: no publisher, pp. 176–179 (in Russian)

**Журнал учрежден** в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

**Главные задачи:**

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

**Основные темы:**

Правовая мысль (история и современность)  
Портреты ученых-юристов  
Российское право: состояние, перспективы, комментарии  
Судебная практика  
Право в современном мире  
Реформа юридического образования  
Научная жизнь  
Дискуссионный клуб  
Рецензии

**Журнал рассчитан** на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

**Журнал выходит** раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

# АВТОРАМ

## Требования к оформлению текста статей

**Представленные статьи** должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

**Статья представляется** в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

### Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — 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 УДК.

### Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

**Статьи рецензируются.** Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

**Плата с аспирантов** за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации  
«Право. Журнал Высшей школы экономики»  
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.  
выдано Федеральной службой по надзору  
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*  
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*  
Художник *А.М. Павлов*  
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*  
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 25.12.2019. Формат 70×100/16  
Усл. печ. л. 16,0. Тираж 500 экз. Заказ №

Отпечатано в ФГУП «Издательство «Наука»  
(Типография «Наука»)  
121099, Москва, Шубинский пер., д. 6