

Нам 10 лет

Право

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редационный совет

Дж. Айани (Туринский университет, Италия)
Ю. Базедов (Институт Макса Планка, Федеративная Республика Германия)
А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г.А. Гаджиев (Конституционный Суд Российской Федерации)
С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)
Г.Б. Динвуди (Оксфордский университет, Великобритания)
Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Редакционная коллегия

Н.А. Богданова (МГУ имени М.В. Ломоносова, Российская Федерация)
Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
А.Н. Козырин (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г.И. Муромцев (РУДН, Российская Федерация)
В.Д. Перевалов (Уральская государственная юридическая академия, Российская Федерация)
В.А. Сивичкий (Конституционный Суд Российской Федерации)

Главный редактор

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

Адрес редакции

109028 Москва,
Б. Трехсвятительский пер, 3,
офис 113
Тел.: +7 (495) 772-95-90
доб. 22654
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя

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

© НИУ ВШЭ, 2018

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

4/2018



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность

N.Yu. Erpyleva, A.S. Kasatkina

Theory of Absolute and Functional State Immunity in the Legislation and Judicial Practice of the Russian Federation 6

Г.А. Гаджиев, Е.А. Войниканис

Может ли робот быть субъектом права? (поиск правовых форм для регулирования цифровой экономики). 24

A.V. Demin

Soft Law Concept in a Globalized World: Issues and Prospects 49

Н.Н. Черногор, М.В. Залоило

Совершенствование правового регулирования общественного обсуждения проектов нормативных актов 74

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

A.C. Emelyanov

Реформирование бюджетной системы Российской Федерации и его особенности в сложноустроенных субъектах: формирование нормативно-правовой основы 93

A.N. Kozyrin

Forfeit in the Russian Tax Law 112

T.N. Troshkina

Administration of Customs Payments in Russia within Framework of Electronic Declaration in the EAEU 128

Л.К. Терещенко

Государственный контроль в сфере защиты персональных данных 142

A. Chitov

The Communicative Theory of Punishment and Repentance 162

Д.А. Печегин

Валютно-денежные отношения как объект уголовно-правовой охраны: история и современность 181

В.Е. Круковский, И.Н. Мосечкин

Уголовно-правовые проблемы противодействия деятельности, направленной на побуждение к совершению убийств и самоубийств. 196

А.П. Скиба, А.В. Родионов	
Правовое положение осужденных к лишению свободы при их принудительном питании	216
А.Е. Серафимович, А.Ю. Просеков	
Продовольственная безопасность: международно-правовые аспекты и российская правоприменительная практика	235
Право в современном мире	
Ю.С. Ромашев, Н.В. Остроухов	
Правовая природа устных международных договоров	254
C.S. Hutchinson	
Challenges to Competition of Geographic Restrictions to Online Sales of Goods and Digital Content	270
А.П. Клементьев	
Международные инструменты гармонизации законодательства о ликвидационном неттинге.	300
Й. Стиеранка	
Доказывание источника происхождения имущества в Словацкой Республике	313
В.Р. Авхадеев	
Механизм международного сотрудничества по проблемам Арктики: развитие на современном этапе и в перспективе	332
И.В. Ирхин	
Конституционно-правовой статус канадских индейцев и их поселений (в контексте института территориальной автономии)	354

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL

OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics



ISSUED QUARTERLY

Editorial Council

G. Ajani (University of Torino,
Italy)
J. Basedow (Max-Planck Institute,
Federal Republic of Germany)
A.A. Ivanov (HSE,
Russian Federation)
G.A. Gadzhiev (Constitutional
Court of Russian Federation)
S.F. Deakin (University of
Cambridge, Great Britain)
G.B. Dinwoodie (Oxford
University, Great Britain)
T.G. Morschakova (HSE,
Russian Federation)
Yu.A. Tikhomirov (HSE,
Russian Federation)
T. Endicott (Oxford University,
Great Britain)

Editorial Board

N.A. Bogdanova (Moscow State
University, Russian Federation)
N.Yu. Yerpilyova (HSE,
Russian Federation)
V.B. Isakov (HSE,
Russian Federation)
A.N. Kozyrin (HSE,
Russian Federation)
G.I. Muromtsev (Russian
University of Peoples' Friendship,
Russian Federation)
V.D. Perevalov
(Ural State Law Academy,
Russian Federation)
V.A. Sivitsky
(Constitutional Court
of Russian Federation)

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Triohsviatitelsky Per.,
Moscow 109028, Russia

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

Legal Thought: History and Modernity

- N.Yu. Erpyleva, A.S. Kasatkina**
Theory of Absolute and Functional State Immunity
in the Legislation and Judicial Practice of the Russian Federation
(in English) 6
- G.A. Gadzhiev, E.A. Voinikanis**
Could Robot be a Legal Subject? (In Search of Legal Forms
for Digital Economy Regulation) 24
- A.V. Demin**
Soft Law Concept in a Globalized World: Issues and Prospects
(in English) 49
- N.N. Chernogor, M.V. Zaloilo**
Improvement of Legal Regulation of Public Discussion of the Draft . . . 74

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

- A.S. Emelyanov**
Reforming Budgetary System of Russia and its Features
in Complex Subordinate Entities: Forming Legal Base 93
- A.N. Kozyrin**
Forfeit in the Russian Tax Law (in English) 112
- T.N. Troshkina**
Administration of Customs Payments in Russia within Framework
of Electronic Declaration in the EAEU (in English) 128
- L.K. Tereschenko**
State Control in Personal Data Protection 142
- A. Chitov**
The Communicative Theory of Punishment and Repentance
(in English) 162
- D.A. Pechegin**
Monetary Relations as Object of Criminal Law Protection:
History and Modernity 181
- V.E. Krukovskiy, I.N. Mosechkin**
Legal Issues of Counteractions to Encouraging Murders
and Suicides 196

A.P. Skiba, A.V. Rodionov
Legal Status of Prisoners Sentenced to Deprivation of Freedom
during Forced Feeding 216

A.E. Serafimovich, A.Yu. Prosekov
Food Security: International legal Aspects and Russian Law
Enforcement Practice 235

Legal Nature of Oral International Treaties

Yu.S. Romashev, N.V. Ostroukhov
Правовая природа устных международных договоров 254

C.S. Hutchinson
Challenges to Competition of Geographic Restrictions to Online
Sales of Goods and Digital Content (in English). 270

A.P. Klement'ev
International Instruments for Close-out Netting Laws
Harmonization 300

J. Stieranka
Proving the Source of Property in the Slovak Republic 313

V.R. Avkhadeev
Mechanism of International Cooperation in Arctic:
Development and Prospects 332

I.V. Irkhin
Constitutional Status of Canadian Indians and their Settlements
(in the Context of Territorial Autonomy) 354

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

Theory of Absolute and Functional State Immunity in the Legislation and Judicial Practice of the Russian Federation



Natalia Erpyleva

Professor, Chair of Public and Private International Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya St., Moscow, 101000, Russia. E-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru).



Aleksandra Kasatkina

Professor, Department of General and Interdepartmental Legal Disciplines, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya St., Moscow 101000, Russia. E-mail: akasatkina@hse.ru.



Abstract

This article provides a comprehensive analysis of the concept of “state immunity” as reflected in the legislation and judicial practice of the Russian Federation. A study in decisions of Russian courts prior to the adoption of the Federal Law on Immunities of 2016 leads to the conclusion that, even during the juridical consolidation of the theory of absolute immunity in Russia, on a number of questions Russia in fact adhered to a theory of functional immunity. The concept of absolute immunity which the USSR followed (and which Russia as its legal successor subsequently also followed) gradually began to conflict with the Russian Federation’s foreign economic activity and contract practices, and instances of Russia’s renunciation of absolute immunity increased in frequency. This tendency clearly shows that in the 21st century the state cannot have absolute immunity because that version of sovereignty conflicts with the global practice of state participation in private international relations. In other words, the Russian Federation with the adoption of its Federal Law on Immunities has moved away from a theory of absolute immunity to acknowledge and employ a theory of the functional immunity of the state. At the same time, the Law on Immunities of 2016 already requires more elaboration and corrections even though it was only recently passed and implemented. The methodology of study is based on the application of formal, logical and comparative research methods together with general systematic methods of analysis and synthesis, deduction and induction. Questions touched upon in this article are widely discussed in establishing doctrines of private international law in both foreign and in Russian studies. Issues connected with state immunity are raised by the authors and suggestions for their resolution are formulated based on the legal experience of contemporary Russia.



Keywords

private international law; subjects of law; state; immunity; absolute immunity; functional immunity; legislation; judicial practice (case law).

Citation: Erpylova N.Yu., Kasatkina A. (2018) Theory of Absolute and Functional State Immunity in Legislation and Judicial Practice of the Russian Federation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 6–23 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.6.23

Introduction

Legal entities or subjects of law with diverse legal natures, in particular both the entities or subjects governed by public international law (the state, international intergovernmental organizations) and those governed by national law (physical and juridical persons) can be governed by private international law. It should therefore be understood that one and the same entity in private international law may be a participant in both international and national legal relations. For example, the state in its capacity as a member of an international monetary financial organisation (for example, the International Monetary Fund [hereinafter *IMF*]) is obliged to make payments (e.g. quota subscription payments, in the case of the IMF) into the budget of this organisation in foreign currency. The relations between the IMF and the member state inevitably take an inter-state form. At the same time, if this state concludes an agreement for a loan from a syndicate of banks, then these legal relations will have a private law character and are regulated by the respective applicable national law. In that case, the legal status of the state is no different than the legal status of other entities that are subject to analogous regulated legal relations.

This circumstance has resulted in the adoption by some post-Soviet countries of national laws on private international law to clarify how to determine the status of subjects of law involved in relations that have a foreign element. Among these countries are: Azerbaijan (Law of 6 June 2000 No. 889-IG On Private International Law¹ in which the status of entities subject to private international law is regulated by Chapter II “Persons”) and Ukraine (Law of 23 May 2005 No. 2709-IV “On Private International Law”² in which Section II in fact defines the status of the state although it is called “Conflicts between norms related to the legal status of physical and juridical persons”). That status in Ukrainian law is established by the norms of Art. 30 “Participation of the state and juridical persons subject to public law in private law relations with a foreign element”) and some others. However, the norms on the state as a special entity subject to private international law and endowed with immunity are not contained in these laws. In a number of other states, the laws on private international law have been revised, although specific provisions

¹ Law of the Azerbaijan Republic No. 889-IG of 6 June 2000 On Private International Law // *Azerbaijan*. 2000. No. 249].

² [Law of Ukraine No. 2709-IV of 23 June 2005 On Private International Law // *Vedomosti Verhovnoy Rady* 2005. No. 2709-IV. Art. 422].

on the state as a special entity endowed with immunity likewise are mostly absent (Law of Albania of 13 June 2011 No. 10428 On Private International Law³, the Law of Belgium of 16 July 2004 On the Code of Private International Law)⁴ and others.

All countries recognize that the state as the bearer of political power and sovereignty does not lose this quality even in private international legal relations, which is precisely why a mechanism for them to renounce their sovereign nature is necessary. In the end the state enters into private relations voluntarily as if “bifurcating” its juridical personality into private and public segments; and thus as an entity subject to private international law relations, it voluntarily limits its immunity. If that is not done, that kind of limitation can be imposed by another state when a private law dispute arises and/or is considered on its territory. Of course, if questions of conflicts of law arise in this fashion between states, there may be no easy solution.

Much like other countries, Russia strives to prevent these problems from arising and to resolve them justly if they do arise. The adoption of the Federal Law dated 3 November 2015 No. 297-FZ “On Jurisdictional Immunity of a Foreign State and the Property of a Foreign State in the Russian Federation”⁵ in force from 1 January 2016 (hereinafter *Law on Immunities*) was without doubt an important step in this direction. Everyone, both theoreticians and legal practitioners, had long anticipated its appearance as part of Russian law. The law permits the status of foreign states to be defined in an exact way. Interpretation of its provisions and an examination of their operation in practice (two years after their adoption) is the task that now stands before us.

The Concept and Basic Theory of Jurisdictional Immunity of the State

In the examination of the legal status of states as subjects of private international law, the institution of state immunity is a basic theoretical problem, which we will now examine in more detail. The concept of state immunity was formed originally in customary international law and only subsequently consolidated in international treaties and judicial practice. The divergence in understanding of this legal institution has prompted a significant number of fundamental studies both

³ Law of the Republic of Albania No. 10428 of 13 June 2011 On Private International Law. Available at: <http://pravo.hse.ru/data/2016/02/22/1139770089/%D0%90%D0%BB%D0%B1%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D1%8F%202011.pdf>. (accessed: 25.01.2018)

⁴ Law of Belgium of 16 June 2004 “On the Code of Private International Law”]. Available at: <http://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/041801> (accessed: 25.01.2018)

⁵ Federal Law No. 297-FZ of 3 November 2015 On Jurisdictional Immunities of a Foreign State and Property of a Foreign State in the Russian Federation // *Sobranie zakonodatelstva Rossiyskoy Federatsii* (hereinafter SZ RF). 2015, No. 45. Art. 6198.

in Russian and foreign jurisprudence⁶. As applied to the participants in private international law relations, the term “immunity” has been known since the time of ancient Rome when the clergy were not subject to general judicial procedures, i.e. in effect they possessed jurisdictional immunity. The term “immunity” is derived from the Latin word *immunitas* (exemption from taxes, service and so forth). Two basic theories of jurisdictional immunity of the state arise in private international law — absolute and functional (in the literature often called “limited”) immunity.

In accordance with the theory of absolute immunity, “the right of the court to examine suits against foreign states and to exact recovery against their property regardless of the nature of the disputed activity (commercial or authoritative) is not recognized”⁷. Russia, just like some of the other states which had been republics in the USSR, had up to 2016 almost always adhered to absolute state immunity. Thus, in earlier versions of Art. 401 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation (hereinafter Civil Procedural Code of the RF)⁸ and Art. 251 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation (hereinafter Arbitration Procedural Code of the RF)⁹ (new versions of both articles can be found in the text of Federal Law of 29 December 2015 No. 393-FZ)¹⁰, the immunity of a foreign state is provided for unconditionally. Any kind of action by Russian courts would be possible only in the event that a state would agree to being brought before a court and/or having measures of compulsory execution applied against it.

The second theory — of functional immunity — is adhered to by the majority of states in the world; special laws were adopted by some of them (in the United States in 1976, in Great Britain in 1978, in Canada in 1972 and so forth). The essence of this theory is that a question about immunity is decided based on the function which the state is fulfilling in a specific, concrete situation: Is it executing

⁶ See for example: *Ushakov N.A.* Jurisdictionnyye immunitety gosudarstv i ih sobstvennosti [Jurisdictional Immunities of States and Their Property]. Moscow: Nauka, 1993; *Khlestova I.O.* Jurisdictionnyy immunitet gosudarstva [Jurisdictional State Immunity]. Moscow: Jurist, 2002; *Fox H., Webb P.* The Law of State Immunity. Oxford University Press, 2015; *O’Keefe R. Tams C., Tzanakopoulos A.* The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary. Oxford University Press, 2013.

⁷ *Kaisin D.V.* Immunitet gosudarstva I zaschita inostrannyh gosudarstvennyh kapitalovlozheniy v Rossii [State Immunity and Protection of Foreign State Capital Investments in Russia] // *Zakon*. 2015. No. 5, P. 160.

⁸ Civil Procedural Code of the Russian Federation No. 138-FZ of 14 November 2002 // SZ RF. 2002, No. 46. Art. 4532].

⁹ Arbitration Procedural Code of the Russian Federation No. 95-FZ of 24 July 2002 // SZ RF. 2002, No. 30. Art. 3012.

¹⁰ Federal Law No. 393-FZ of 29 December 2015 On Introduction of Changes in Separate Legislative Acts of the Russian Federation in Connection with Adoption of the Federal Law On Jurisdictional Immunities of a Foreign State and Property of a Foreign State in the Russian Federation // SZ RF. 2016. Part.1 No. 1. Art. 13.

its political or other authoritative function (*jure imperii*)? As G.M. Velyaminov correctly notes about a state that acts in a private or commercial capacity (*jure gestionis*), “in accordance with the concept of functional immunity, the right to immunity is lost with respect to its property and other rights, and moreover, in accordance with this concept, without special agreement of the given state”¹¹.

For European states, the basic international legal document regulating state immunity is the European Convention on State Immunity (ETS No.74) (hereinafter *European Convention on State Immunity*)¹², which was adopted by the Council of Europe on 16 May 1972 and now extends to eight countries: Austria, Belgium, UK, Germany, Cyprus, Luxembourg, the Netherlands and Switzerland. Portugal signed the convention on 10 May 1979 but did not ratify it. Those European states which are not participants in the European Convention on State Immunity — France, Denmark, Greece, Italy and others, “employ the concept of functional (limited) immunity of a foreign state not in legislation but in judicial practice”¹³.

In the classical understanding of functional immunity, if a foreign state functions as an entity subject to private law, agreement of the foreign state is not required for a court to consider a suit brought against that state. If the state is fulfilling the role of a public law or sovereign entity, i.e. it is acting as the bearer of authoritative power and carries out authoritative activity accordingly, such activity cannot be a matter for consideration in a foreign court without that state’s consent. However, the agreement of the state to participate in a private law obligation (in the broad sense) must be considered by the court to be an unconditional agreement to all the consequences which flow from such participation including the procedure for resolution of a dispute both in court (according to general rules of international civil procedure) and through international commercial arbitration (in the event of an agreement on transfer of a dispute for consideration).

The Law on Immunities as the grounds for recognition of a foreign state’s renunciation of judicial immunity considers only the situation in which a state takes specified actions regarding a suit in a court of the Russian Federation or has concluded with a contracting party “an arbitral or arbitration agreement concerning the settlement with its participation of disputes which arose or might arise in the future in connection with performance of an obligation”. However, there is the reservation that the renunciation operates with respect to “disputes concerning an arbitral or arbitration agreement” (Art. 6(2) of the Law on Immunities). Mean-

¹¹ Velyaminov G. M. *Miezhdunarodnoye pravo* [International Law]. Moscow: Statut, 2015 // SPS Consultant Plus.

¹² European Convention on State Immunity (ETS No. 74). May 16, 1972. Available at: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/074>(accessed:20.11.2018)

¹³ Veselkova E.E. *Konceptia proekta federalnogo zakona O jurisdiktsionnom immunitete inostrannogo gosudarstva i ego sobstvennosti* [Concept of the Draft On Jurisdictional Immunity of a Foreign State and its Property] // *Advocat*. 2015. No. 10. P. 48.

while, the question concerning the procedure for participation of a state as a party during consideration of a private law dispute can have two answers as Krešimir Sajko rightly notes: “Depending on fulfilment of the prescribed legal requirements, jurisdiction is exercised either by state courts or by arbitration”¹⁴.

Before the adoption of the Law on Immunities, Russia’s rejection of the theory of functional immunity had created “serious obstacles to attracting foreign investment in the economy of the Russian Federation”¹⁵. Nevertheless, we note that functional immunity was provided for, even if not explicitly, in the texts of agreements of the Russian Federation on mutual protection of capital investment. Thus, an agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Czech Republic “On the Encouragement and Reciprocal Protection of Capital Investments” discusses in Art. 8(1) settlement through negotiation of those disputes which may arise “between one of the Contracting Parties and an investor of another Contracting Party”, i.e. it directly refers to a dispute between a state (Russia or the Czech Republic) and an investor which is a physical or juridical person. Furthermore, Art. 8(2) provides for the possibility that an investor may turn to “a competent court or arbitration procedure of the state of the Contracting Party on the territory in which the capital investment was effectuated”, to the International Centre for Settlement of Investment Disputes, or to an *ad hoc* arbitration tribunal¹⁶.

A study of other treaties, particularly those on foreign economic transactions, likewise shows that both the USSR and the Russian Federation were compelled to renounce immunity of their trade representations abroad regarding transactions concluded or guaranteed by those states. From this the conclusion can be drawn that even when the theory of absolute immunity was consolidated in its law, Russia in fact acceded to the theory of functional immunity on a number of questions. Hence, when the Concept of the Unified Civil Procedural Code of the Russian Federation was being elaborated, it was pointed out “it is necessary to reflect the concept of functional immunity of a foreign state as bearer of power in the provisions on suits against foreign states and international organizations”¹⁷.

Thus, the theory of absolute state immunity assumes that the state is always sovereign –in both its private and public relations. However, the other applicable

¹⁴ Sajko K. The State as a Party in Arbitral Proceedings on Settlement of Private Law Disputes — Miscellaneous. Wolfrum R. et al (eds.) *Contemporary Developments in International Law*. Brill: Nijhoff, 2015 P. 770.

¹⁵ Veselkova E.E. Op. cit. P. 47.

¹⁶ Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Czech Republic of 5 April 1994 On the Encouragement and Reciprocal Protection of Capital Investments. // SPS Consultant Plus.

¹⁷ Conception of a Unified Code of Civil Procedure of the Russian Federation (approved by the decision of the Committee on Civil, Criminal, Arbitration and Procedural Legislation of the State Duma of 8 December, 2014), No. 124. Available at: <http://www.consultant.ru/document/> // SPS Consultant Plus.

theory, the theory of functional immunity, “conditions immunity on the presence of two factors: the nature of the state as a special subject of law and the actions executed by it in the performance of its functions as a sovereign power”¹⁸. “In the modern world, the concept of functional immunity is gradually losing its absolute interpretation, which is reflected not only in national law but in international conventions and bilateral agreements”¹⁹.

The Concept of the State as Applied to Rights and as Bearer of the Immunity of the State

In the modern theory of private international law, the determination of the legal status of the state in general and what is denoted by the term “state” (as employed in the Law on Immunities) are constantly under discussion. This discussion has become particularly urgent because that law enumerates in Art. 2 the constituent elements of the concept “state”, but nevertheless leaves unclear a number of questions requiring clear answers and commentary. It should therefore be mentioned that physical and juridical persons fulfil a dual role when they participate in private international law relations in the name of the state: on the one hand, they engage in legally significant actions as autonomous subjects of private international law; but on the other hand, they act not in their own interests, but in the interests of the state they represent. In particular, Art. 2 of the Law on Immunities indicates that the term “foreign state” is to be understood as (we note that in the given discussion, the terminological divergence does not have any significance since the discussion is about the content and “verbal load” of the term “state”):

a state other than the Russian Federation and its agencies of state power;

constituent parts of a given foreign state (subjects of a foreign federated state or the administrative territorial formations of a foreign state) and their agencies to the extent to which they are empowered to engage in an action for the purpose of effectuating the sovereign power of the given foreign state, and to the extent that they act in that capacity;

institutions or other formations, regardless of whether they are juridical persons, to the extent to which they are empowered to engage in and do in fact engage in actions for the purpose of effectuation of sovereign power of the given foreign state;

representatives of a given foreign state acting in that capacity.

¹⁸ *Schegolev S.I.* Jurisdiktsionnyi immunitet inostrannuh centralnuh bankov: miezhdunarodnoe i zarybeznoe pravovoe regulirovanie [Jurisdictional Immunity of Foreign Central Banks: International and Foreign Regulation] // *Bulleten' Vyshego Arbitrazhnogo suda Rossiyskoy Federatsii*. 2013. No. 1. P. 50.

¹⁹ *Miezhdunarodnoe chastnoe pravo* [Private International Law]. Lebedev S.N., Kabatova E.V. (eds.). Moscow: Statut, 2015. Available at: <http://www.consultant.ru/> (accessed: 20.11.2018)

This interpretation of the basic understanding of “foreign state” is based on changes and additions to the codes and other normative acts which were introduced after adoption of the Law on Immunities. Thus, in the Civil Procedural Code there is direct reference to application of these provisions: “foreign state” is used with the meaning determined by norms of the Law on Immunities (Art. 417.1(4)). The “state” is named in the first instance as the bearer of immunity in the narrow sense of this word. However, the state by itself as a whole (in its public law meaning) is not physically capable of participating in international private relations, i.e. it can only be represented by those persons that act in its name, and first among these are the agencies of state power.

For the full range of characteristics that identify a subject of law as a bearer of immunity of the state, it is also necessary to examine certain aspects of that subject’s legal status. Without digressing into a general theoretical interpretation, we will set out only two opinions on the understanding of this category of legal status. In particular, A.A. Akmalova and V.M. Kapitsin, in defining the term “legal status”, have pointed out that it is necessary to understand by this term the legally “fixed” position of the subject (as an individual, organisation, state, state agency) in the state, society, or world community²⁰. In the opinion of A.V. Malko, the legal status of a subject of law should be understood as the legally assigned position of the subject in a society as expressed by the complex of its rights and responsibilities²¹. In other words, we believe that the legal status of the state (as applied to private international law) means the factual status of the state (in the broad sense of that term) in relations which are the subject matter of private international law. In this sense, V.V. Dolinskaya is right — she assigns derivative legal status based on the general legal status established by the Constitution of the Russian Federation to concrete legal relations²². And of course it follows that the legal personality of the bearer of the right should be relied upon for resolution of questions concerning state immunity, where “legal personality” is understood according to the definition of R.S. Sadrieva as “the possibility and, accordingly the legal capacity, of a person to be the subject of law”²³.

A number of specialists point out “the nature of the state is similar to the essence of a juridical person, i.e. it is based on a fiction”. By assigning certain indicia

²⁰ Akmalova A.A., Kapitsyn V.M. Poniatie pravovogo statusa subiekta [The Concept of Legal Status of a Subject]. Moscow: Jurist, 2008. P. 164.

²¹ Malko A.V. Teoria gosudarstva i prava v schemah, opredeleniah i kommentsriah [Theory of State and Law in Schemes, Definitions and Commentaries]. Moscow: Prospect, 2010. P. 39.

²² Dolinskaya V.V. Pravovoy status i pravosubiektnost [Legal Status and Legal Capacity] // Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika. 2012. No. 2. P. 9.

²³ Sadrieva R.R. K voprosu o suchnosti gosudarstva kak subiekta grazhdanskogo prava [On Essence of State as a Subject of Civil Law] // Aktualnye problemy rossiyskogo prava. 2015. No. 5. P. 70.

and structural elements, a “legal portrait” or “legal personality” is created²⁴. This is completely correct; the state, just like a juridical person, does not itself as a unified whole in fact participate in social relations, including in judicial examinations, but does this through its agencies and officials (or persons empowered by them). Therefore, during discussion in court of a question on state immunity, the status in which the representative of a foreign state acts is materially significant.

We stress once more that state agencies in the first instance possess the legal status to represent a foreign state and to act in its name. However, Russian courts must pay attention to the fact that in a foreign state, just as in Russia, state agencies may be endowed with the status of autonomous juridical persons (and accordingly represent themselves and not the state generally). Therefore, we believe that courts of the Russian Federation should carefully verify the status of representatives of state agencies, namely to establish in what capacity a representative of a foreign state is acting — as part of the state or as a subject of private international law possessing legal autonomy.

In our opinion, the question of presence or absence of immunity of a federated unit of a state (constituent districts of the Russian Federation, Canadian provinces, Indian states etc.) requires separate examination. Usually they are considered to be autonomous persons to whom the immunity of the state is not extended; for example, this is indicated as a general rule in Art. 28(1-2) of the European Convention on State Immunity which provides that autonomous units within a federated state do not enjoy immunity if the state participant in the convention does not submit a notice otherwise. European States (Belgium, UK, Italy and others) regulate the question concerning immunity of state versus public territorial entities in an analogous way.

To clarify the question of immunity of constituent parts of a federated state — such as states, cantons, *länder* and others — it is possible to use the norms of its constitution where their powers to conclude actions (as stated in Art. 2(1)(b) of the Law on Immunities) “for purposes of effectuation of sovereign authority of the particular foreign state” are designated. Thus, we see from the abovementioned provisions of the Law on Immunities and the European Convention on State Immunity that, as of 1 January 2016, Russia has greatly changed its approach to the doctrine of immunity of the state and its constituent parts; specifically, the position of Russia at present concurs with the prescriptions of the European Convention on State Immunity, which is highly significant for building lasting relations with European countries.

We turn to another international act which is not regional but rather universal in character, namely the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004; hereinafter UN Convention on Immunities of

²⁴ Available at: <http://www.consultant.ru/> (accessed: 20.11. 2018)

2004)²⁵, which the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation signed in the name of the Russian Federation (at the instruction of the Government of the Russian Federation)²⁶. The Convention has not yet come into force. The UN Convention on Immunities of 2004 provides for a somewhat different approach where “constituent units of a federal State or political subdivisions of the State, which are entitled to perform acts in the exercise of sovereign authority, and are acting in that capacity” (Art. 2 (1)(b)(ii) are equated with the state (and consequently enjoy immunity). We believe there is reason to be concerned after the convention comes into force that legal non-conformities between Russia and the European States on the question of immunity of constituent parts of the state will arise²⁷.

It is therefore possible to draw the following conclusions:

concept of state immunity is perceived the same by almost all countries and, therefore, disputes in this connection are practically absent;

with the adoption of the Law on Immunities, the Russian Federation moved from the theory of absolute immunity to an acknowledgement and use of the theory of functional immunity. However, this law, despite its recent enactment, already requires further elucidation and corrections as we indicated above;

the range of subjects acting as “bearers” of state immunity is outlined with sufficient precision in the Law on Immunities, but clarification and further elaboration of details is nevertheless required in certain instances.

Procedural Aspects of Regulating State Immunity in the Russian Federation

After the adoption of the Law on Immunities, additions and changes determining the procedure of application and renunciation of immunity were introduced in a number of Russian legal acts. Thus, in accordance with Art. 417.3(4) of the Civil Procedural Code of the RF, a specially agreed right of a representative to renounce “judicial immunity, immunity with respect to measures for securing a suit, immunity with respect to enforcement of a judicial decision” must be established in a power of attorney or other suitable document issued by the foreign state that is being represented. The Supreme Arbitration Court of the Russian Federation had earlier drawn the attention of the legislature to the necessity for such a norm

²⁵ 25th UN Convention On Jurisdictional Immunities of States and Their Property of 2 December 2000 // SPS Consultant Plus.

²⁶ Regulation of the Government of the Russian Federation No. 1487-r of 27 October, 2006 On Signing the Convention of the United Nations on Jurisdictional Immunities of States and Their Property // SZ RF. 2006. No. 45. Art. 4720.

²⁷ See for details: *O’Keefe et al. The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

and other procedural aspects long before such changes were made. In particular, in Point 8 of its Decree No. 8 “On Operation of Treaties of the RF as Applied to Questions of Arbitral Procedure” of 11 May 1999, reference is made as follows: an agreement concerning consideration of a dispute in an arbitral court of the Russian Federation must be signed by persons empowered by legislation of the foreign state to renounce its judicial immunity²⁸.

A state’s eligibility for immunity is established at the stage of a preliminary judicial hearing unless the information available at that time does not permit a conclusion. If that is the case, the question is subject to resolution during the examination stage of the judicial hearing. If at the preliminary judicial hearing or during examination in the judicial hearing, the court concludes that the foreign state has judicial immunity, the court will terminate the respective proceeding on the matter in question (Art. 417.7(5) of the Civil Procedural Code of the RF). A federal agency with executive power to determine and execute state policy and normative legal regulation in international relations may participate in a case at the initiative of the court or on its own initiative for the purpose of giving an opinion on the matter of granting jurisdictional immunities to the Russian Federation and its property in a foreign state (Art. 417.8(1) of the Civil Procedural Code of the RF).

Art. 4 of the Law on Immunities applies principle of reciprocity to claims of jurisdictional immunity. This means that, when jurisdictional immunities are granted by states to each other, the court proceeds on the assumption that this is done reciprocally, i.e. reciprocity is intended. However, this assumption may be refuted if judicial examination establishes that the principle of material reciprocity is being violated, i.e. the extent of immunities granted to Russia does not correspond to the extent which Russia grants to a foreign state (Art. 417.9 of the Civil Procedural Code of the RF). When such a judgment is reached, a reduction in the extent of immunities are enjoyed by the foreign state will be imposed, and the court will accordingly render a reasoned decision that applies the principle of reciprocity (Art. 417.9(3) of the Civil Procedural Code of the RF). Nearly analogous provisions are now contained in Chapter 33.1 “Proceedings in Cases with Participation of a Foreign State” of the Arbitration Procedural Code of the RF.

Prior to the adoption of the Law on Immunities, Russian courts had likewise proceeded on the basis of the principle of reciprocity. Thus, the Arbitration Court of the City of Saint Petersburg and the Leningrad Region during consideration on 9 February 2015 of Case No. A56-48129/2014 of a suit brought by Inpredservis, a Saint Petersburg state unitary enterprise providing services to representatives of foreign governments, against the General Consulate of Poland in Saint Petersburg

²⁸ Resolution of the Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation On Operation of Treaties of the Russian Federation as Applied to Questions of Arbitration Procedure of 11 June 1999. No. 8 // SPS Consultant Plus.

concerning the recovery of 74,330,287 rubles in unjust enrichment and the obligation to vacate a building located at 5th Sovetskaya Street, Building 12-14, Saint Petersburg, established that on 13 April 1983, an Agreement had been concluded in Moscow between the Ministry of Foreign Affairs of the USSR and the Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of Poland in accordance with which the contracting parties on the basis of reciprocity were relieved from payment of rent (hire) for work and dwelling premises to accommodate the embassy and consulate staff.

However, on 26 June 1994 the Ministry of Foreign Affairs of Poland directed Note to the Embassy of the Russian Federation in Warsaw informing the latter about termination of the reciprocal arrangement (on relief from rental payment for the premises enjoyed by the diplomatic and consulate services) as of 30 May 1994. A subsequent decision of a regional court in Warsaw on 24 September 2007 (Case No. II S 1306/06) concerning the suit of the mayor of Warsaw against the Ambassador of the Russian Federation in the Republic of Poland ordered that the real estate located in Warsaw at Shukha Street, Building 17/19, be vacated, and that decision confirmed that the Polish side did not recognize the judicial immunity of the Russian Federation. Based on this violation of the principle of reciprocity and other circumstances, the Russian court exacted from the Polish Consulate the sum of unjust enrichment from its use of the disputed building for the period from July 1, 2011 to July 1, 2014 and obliged the Polish Consulate to vacate the premises²⁹.

After adoption of the Law on Immunities, as happened with other laws, the Federal Law of 2 October 2007 No. 229-FZ "On Enforcement Proceedings" (in the version of 31 December 2017) made changes to the law on immunities by introducing a new Chapter 12.1 "Procedure for Execution of Judicial Acts with Respect to a Foreign State and its Property"³⁰. As noted by A.A. Volos, directing all agencies "of state power to ensure actual (effective) execution of judicial decisions" is a paramount task during enforcement of judicial decisions³¹.

Despite its comprehensive and nearly revolutionary influence on the entire procedure for applying state immunity, the Law on Immunities contains certain limitations in its application to certain categories of immunities. Specifically, in accordance with Art. 3b, this law "does not impair privileges and immunities" which in accordance with norms of international law are enjoyed by:

²⁹ Decision of the Arbitration Court of the City of Saint Petersburg and the Leningrad Region of 9 February 2015 in civil case No. A56-48129/2014 // СПС Гарант.

³⁰ Federal Law No. 229-FZ of October 2, 2007 On Enforcement Proceedings // SZ RF. 2007, No.41, Art. 449 // SPS Consultant Plus.

³¹ Volos A.A. *Zaschita slaboy storonu v obyazatelstve na razlichnuh stadiyah deistvia mehanizma osushestvleniya grazhdanskih prav I ispolnenia obyazannosti* [Protection of the Weaker Party in an Obligation at Various Stages of Operation of the Mechanism of the Exercise of Civil Rights and Performance of Duties] // Konkurentnoe pravo. 2014. No. 4. P. 42.

a foreign state in executing the functions of its diplomatic representatives, consulates, special missions, representatives in international organisations or delegations in agencies of international organisations, or at international conferences, and persons related to them;

heads of state or governments or ministers of foreign affairs;

a foreign state with respect to aircraft or objects in outer space belonging to a foreign state or exploited by it and also military ships and other state vessels exploited for non-commercial purposes.

Such exceptions provide insight into the extent of legal equality (parity) between the state and other entities subject to private international law. As A.Ya. Ryzhenkov have noted, it is quite obvious that there cannot be across-the-board equality between the subjects of private international law because “that would contradict, apart from anything else, other basic principles of civil legislation, namely freedom of contract and the prohibition against arbitrary interference in private relationships”³². The residual inequality of the state is manifest, for example, in the state’s power acting as sovereign to prohibit the illegal entrepreneurial activities of physical and juridical persons³³.

A state may renounce its immunity through the procedure provided by Art. 5 of the Law on Immunities, including by petition to a court. We note that such a procedure had been available earlier, but not all courts followed it. Thus, in January 2016, the Supreme Court of the Russian Federation “put a stop” to one of the cases that had been examined in many judicial proceedings. Since the state has the right to conclude arbitration agreements, judicial practice proceeds on the basis that an arbitration clause signifies the agreement of the state to the examination of a suit against it through international commercial arbitration. The dispute in question began when a decision on a suit brought by Li Dzhon Bek, a citizen of the Republic of Korea, was rendered by the Arbitration Court under the Moscow Chamber of Commerce and Industry in Case No.A-2013/08 of 11 November 2013.

The Arbitration Court under the Moscow Chamber of Commerce and Industry had proceeded on the basis that, under Art. 11 of the Convention on Protection of Investors’ Rights of 28 March 1997³⁴, the investor is granted the right to address a suit to any arbitration court which is authorized to consider international disputes, including investment disputes. Upon a complaint by the Kyrgyz Republic that the Arbitration Court under the Moscow Chamber of Commerce and Industry lacked

³² *Ryzhenkov A.A. K voprosu printcipa ravenstva v sovremennom grazhdanslom prave [Principle of Equality in Modern Civil Law] / Poryadok obschestva I sovremennor rossiyskoe pravo [Social Order and Modern Russian Law]. Moscow: University Book, 2013. P. 611.*

³³ *Ermolova O.N. O priznakah presprinimatelskoy deytetelnosti [On Indicia of Entrepreneurial Activity] // Predprinimatelskoe pravo . 2014. No 3. P. 35.*

³⁴ *Moscow Convention on Protection of Investors’ Rights of March 28, 1997. Available at: <http://www.consultant.ru/document/> // SPS Consultant Plus.*

the authority to consider the given dispute on grounds of the absence of an explicit arbitration agreement, the Arbitration Court of the City of Moscow rendered a ruling of 24 June 2014 in Case No. A40-19518/14 that the decision of the Arbitration Court under the Moscow Chamber of Commerce and Industry was to remain in force. The Arbitration Court of the City of Moscow in its capacity as a higher court found that, in the dispute related to rights of an investor in which the Arbitration Court under the Moscow Chamber of Commerce and Industry had considered the petition of Li Dzhon Bek, “grounds for vacating the decision of the arbitration court are absent”³⁵.

According to similar logic, the same Arbitration Court of the City of Moscow had considered an analogous case relating to a suit by the Stans Energy Corp. (of Canada) and Kutisay Mining LLC (of the Kyrgyz Republic) against the Kyrgyz Republic. Subsequently, the Supreme Court of the Russian Federation in its ruling of 11 January 2016 No. 305-ES15-14564 in Case No. A40-64831/2014 directed as follows: “insofar as an arbitration agreement is absent between the parties and also evidence was not presented to the court of first instance that the Kyrgyz Republic gave its agreement to consideration of the dispute in the Arbitration Court under the Moscow Chamber of Commerce and Industry, the conclusion appears to be justified that the disputed decision of the Arbitration Court mentioned contradicts the principle of respect of State sovereignty, which is a foundational principle of Russian law and a component of public policy of the Russian Federation”. The Supreme Court of the Russian Federation also stressed that the agreement of a state to renounce immunity “must be expressed manifestly, clearly and concretely, precisely and unambiguously”³⁶.

The Law on Immunities provides for the inapplicability of judicial immunity with respect to:

disputes connected with participation of a foreign state in civil legal transactions and(or) execution of entrepreneurial and other economic activity (Art. 7);

labour disputes (Art. 8);

disputes connected with participation in juridical persons or other formations not having the status of juridical persons (Art. 9);

disputes concerning compensation for harm (Art. 11);

disputes connected with intellectual property (Art. 12);

disputes connected with exploitation of a vessel (Art. 13).

If the dispute does not relate to these categories, then the court has the right to apply the provisions of the Law on Immunities and render its opinion based on

³⁵ Ruling of the Arbitration Court of Moscow of 24 June 2014 in case No. A40-19518/2014 // SPS Consultant Plus.

³⁶ Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation of 11 January 2016. No. 305-ES15-14564 in Case No. A40-64831/2014 // SPS Consultant Plus.

those provisions. Thus, the Arbitration Court of the Republic of Crimea rendered a decree dated 26 May 2016 in Case No. A83-2622/2016 directing that:

in the given instance, the applicant disputes the decision of the State Registrar of the Department of State Registration of the Ministry of Justice of Ukraine, Sivolin Mikhail Yurevich, with respect to an object of immovable property and the power of the Department of State Registration of the Ministry of Justice of Ukraine, i.e. the dispute is connected with the authoritative powers of the Department of State Registration of the Ministry of Justice of Ukraine and does not arise from private civil and commercial legal relations. From the above it follows that the dispute in the given case cannot be considered in the Arbitration Court of the Republic of Crimea³⁷.

Contemporary Russian legislation does in fact provide sufficient detail for regulating procedural and other matters pertaining to the invocation of state immunity in the Russian Federation. The basic normative act is the Law on Immunities, which came into force on 1 January 2016, and it appears that it will be useful in unambiguously resolving disputes that involve the participation of foreign states.

Conclusion

Two approaches to state immunity reflected in the concepts of absolute and functional immunity of foreign states have been developed by international court practice. However, in light of the divergent attitudes of states to these concepts, the approach of concluding treaties has been used to reach consensus, specifically the UN Convention on Immunities of 2004 and the European Convention on State Immunity. The former has yet to come into force, but the latter incorporates a distinctive, non-traditional interpretation of functional immunity — indisputable renunciation of immunity is presumed only in instances indicated in Art. 1(1), Art. 5(1) and Art. 6(1). Therefore, the European Convention on State Immunity does not proceed from a general premise of functional immunity. In accordance with Art. 15, by default a state enjoys immunity except for those instances when judicial proceedings fall within Art. 1 through 14 of the Convention.

After adoption of the Law on Immunities, many unified norms came into conflict with its norms. In particular, in treaties on legal assistance only physical and juridical persons are indicated as subjects to which these norms apply, and states as a whole are not mentioned. We believe that reference must be made in those treaties to application of national legislation of contracting states in order to exclude

³⁷ Ruling of the Arbitration Court of the Republic of Crimea of 26 April 2016 in case No. A83-2622/2016 // SPS Consultant Plus.

extending operation of state immunity with respect to those subjects which are not bearers of state immunity.

A number of European states establish the concept of functional (limited) immunity of a foreign state not in legislation but, as in the Russian Federation before adoption of its Law on Immunities, in judicial practice. In our view, an analysis of the practice of Russian courts before adoption of the Law on Immunities supports the conclusion that, even during the legal consolidation of the theory of absolute immunity, Russia on a number of questions adhered in fact to a theory of functional immunity. The concept of absolute immunity, which the USSR adhered to (and subsequently Russia as its legal successor), gradually began to contradict the practice of foreign economic activity and the contractual practices of the Russian Federation as instances in which Russia renounced its absolute immunity became more frequent. This tendency clearly showed that in the 21st century a state cannot have absolute immunity because this contradicts the global practice of participation of states in private international relations. In other words, with the adoption of the Law on Immunities the Russian Federation went from a theory of absolute immunity to an acknowledgement and use of the theory of functional immunity. At the same time, even though the Law on Immunities has only been in force for a short time, it already requires further elucidation and correction. In particular, the understanding of the term “state” in matters concerning immunity is the subject of debate. This issue has become especially pressing because the Law on Immunities in Art. 2 enumerates constituent elements of the concept “state” but nevertheless leaves unclear a number of questions that require concrete answers and commentary. For example, the law mentions agencies of state power as representatives of the state but does not contain further clarification.

Russian courts should recognize that a foreign state, just as Russia does, endow its state agencies with the status of an autonomous juridical person (and accordingly permit them to represent themselves and not the state as a whole). And therefore we believe that the courts of the Russian Federation should establish in precisely which capacity a representative of a foreign state is acting — as part of the state or as a subject of private international law possessing legal autonomy to act on its own behalf rather than as a representative or arm of a state.

The existence of state immunity exerts a profound influence on a state’s participation in private international relations because a state possesses its own specific character arising from the fact that it does not cease being a sovereign. Although states do in fact participate in proprietary, contractual, corporative, delictual and inheritance legal relations in common with physical and juridical persons, Art. 2(1) of the Civil Code of the Russian Federation of 30 November 1994 in the version dated 29 December 2017 (hereinafter *Civil Code of the RF*)³⁸ contains a norm

³⁸ Civil Code of the Russian Federation. Federal Law No. 51-FZ of 30 November 1994. SZ RF. 1994. No. 32, Art. 3301 // SPS Consultant Plus.

extending the application of civil legislation only to private persons and not to a state. We believe that this omission in the provision should be corrected by the Russian legislature. It is necessary to introduce an addendum concerning participation of foreign states in civil legal relations which involve a foreign element within the territory of the Russian Federation.

When a state engages in private international relations as a subject of private international law, its status in that capacity constantly commingles with its immunities. A number of norms pertaining to conflicts therefore require correction, in particular:

norm for resolving conflicts in Art. 1213(2) of the Civil Code of the RF in which it is necessary to clarify the provision concerning the location of the object of immovable property by indicating its juridical and not real location;

in Art. 1205 of the Civil Code of the RF, it is desirable to point to the norm of direct application with respect to property of a state (Art. 1192 of the Civil Code of the RF) as well as to include in the Law on Immunities new norms that provide a norm on the concept of immunity of property in Art. 2 and elsewhere to provide separate articles on the procedure for application (or non-application) of immunity to the property of a state and for renunciation of it;

in Art. 1224 of the Civil Code of the RF with respect to escheated property it is necessary to point unambiguously to the application of Russian law and, if the testator is a citizen of the Russian Federation and resides abroad, to the application of the law of citizenship of the deceased (*lex patriae*); furthermore, an analogous unambiguous application of Russian law should be made explicit in the Law on Immunities where priority is assigned to the principle of inheritance over the principle of occupation in order to establish that immunity of the property of a state will begin from the moment of transfer of rights in escheated property to that state.

Norms pertaining to both substantive matters and conflicts are likewise imperfect. The basic problems are as follows:

provisions of the Civil Procedural Code of the RF and of the Arbitration Procedural Code of the RF may lead to inconsistent actions by the courts: prior to accepting a suit the court must first decide which law is applicable in order to establish its content (which is sufficiently difficult because of the requirements of Art. 1191 of the Civil Code of the RF) and only then may the court determine whether to accept the petition to sue (i.e. to establish whether the civil matter falls under the jurisdiction of the Russian Federation);

in the text of Art. 7(1) of the Law on Immunities, the phrase “applicable legal norms” is used, which gives rise to the question of whether this combination of words should be interpreted as identical with the concept of “applicable law” (i.e. the substantive law of a particular state). At the same time, it is generally accepted that questions regarding a particular jurisdiction and systemic jurisdiction in civil

cases are determined on the basis of procedural norms rather than substantive ones. We believe that this uncertainty should be removed. The phrase “in accordance with applicable legal norms” should be excluded from Art. 7(1) of the Law on Immunities.

Probably the Law will be further elaborated, and it will improve legal regulation of private international relations of the Russian Federation.



References

- Dolinskaya V.V. (2012) *Pravovoy status i pravosubъектност'* [Legal Status and Legal Capacity]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 2, p. 9.
- Ermolova O.N. (2014) *K voprosu o priznakah preprinimatelskoi deyatel'nosti* [On Indicia of Entrepreneurial Activity]. *Predprinimatelskoe pravo*, no 3, p.35.
- Fox H., Webb P. (2015) *The Law of State Immunity*. Oxford: Oxford University Press, 651 p.
- Kaisin D.V. (2015) *Immunitet gosudarstva i zaschita inostrannuh gosudarstvennuh kapitalovlozheniy v Rossii* [State Immunity and Protection of Foreign State Capital Investments in Russia]. *Zakon*, no 5, p. 160.
- Khlestova I.O. (2007) *Jurisdiktsionnyi immunitet gosudarstva* [Jurisdictional State Immunity]. Moscow: Jurist, 218 p. (in Russian)
- Miezhdunarodnoe chastnoe pravo* (2015) S.N. Lebedev, E.V. Kabatova (eds.) [International Private Law]. SPS Consultant Plus.
- O'Keefe R., Tams C., Tzanakopoulos A. (2013) *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 512 p.
- Ryzhenkov A. Ya. (2013) *K voprosu o printcipe ravenstva v sovremennom grazhdanskom prave* [On Principle of Equality in Modern Civil Law]. *Poriadok obshchestva i sovremennoe rossiyskoe pravo* [Principle of Equality on Modern Russian Law]. Moscow: University Book, P. 611.
- Sajko K. (2015) *The State as a Party in Arbitral Proceedings on Settlement of Private Law Disputes-Miscellaneous*. Wolfrum R. et al (eds.) *Contemporary Developments in International Law*. Brill: Nijhoff, p. 770.
- Shchegolev S.I. (2013) *Jurisdictional Immunity of Foreign Central Banks: International and Foreign Legal Regulation*. *Bulletin Vysshego Arbitrazhnogo suda Rossiyskoi Federatsii*, no 1, p.50.
- Ushakov N.A. (1993) *Jurisdictionnyye immunitety gosudarstv i ih sobstvennosti* [Jurisdictional Immunities of States and its Property]. Moscow: Nauka, 238 p. (in Russian)
- Van Woudenberg N. (2012) *State Immunity and Cultural Objects on Loan*. Brill: Martinus Nijhoff, 491 p.
- Velyaminov G.M. (2015) *Miezhdunarodnoe pravo: opyty* [International Law: Essays]. Moscow: Statut, 528 p. (in Russian)
- Veselkova E.E. (2015) *Konseptia zakonoproekta O jurisdiktsionnom immunitete inostrannogo gosudarstva i ego sobstvennosti* [Conception of the Draft On Jurisdictional Immunity of a Foreign State and its Property]. *Advocat*, no 10, p. 47.
- Yang X. (2015) *State Immunity in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 944 p.

Может ли робот быть субъектом права? (поиск правовых форм для регулирования цифровой экономики)



Г.А. Гаджиев

ординарный профессор, судья Конституционного Суда Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 190000, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Сенатская пл., 1. E-mail: gadg@ksrf.ru



Е.А. Войниканис

доцент, ведущий научный сотрудник Института права и развития ВШЭ-Сколково, доктор юридических наук. 109049, Российская Федерация, Москва, ул. Шаболовка, 28/11, стр. 3. E-mail: evoinikanis@hse.ru



Аннотация

Развитие робототехники с использованием искусственного интеллекта цифровую эпоху приобретает новый масштаб и новое качество, что приводит к возникновению как социально-экономических, так и юридических проблем. Особенно актуальной в данном контексте является проблема правосубъектности роботов, которые способны осуществлять самостоятельные действия и адаптироваться к окружающей среде. Резолюция Европарламента о гражданско-правовых нормах, касающихся робототехники (2017) свидетельствует, что проблема имеет не только научное, но и практическое, прикладное значение. В правовой науке истолкование понятия «лицо» различается в зависимости от правового понимания. С точки зрения «узко-реалистического» понимания права робот не может признаваться субъектом права. Напротив, согласно подходу к юридическому миру как к особой и самодостаточной реальности, вопрос о правосубъектности робота является вопросом прагматическим. В статье анализируется история формирования юридического понятия лица и его роль в юридическом концепте мира. Для римских юристов понятие лица (persona) означало, в первую очередь, «маску», т.е. ту или иную социальную функцию человека. При этом юридическое понятие лица и понятие человеческой личности никогда не отождествлялись. Напротив, для европейского права, которое испытывало сильное воздействие философских концепций, характерна проблема смешения понятий лица и человеческой личности. Некритическое восприятие неправовых идей и теорий может стать препятствием для развития права. Только сохраняя свою идентичность, право может играть активную роль в развитии экономики и общества в целом. Таким образом, вопрос о правосубъектности роботов должен решаться на основе всестороннего анализа возможных (экономических и социальных) издержек и выгод. Признание робота субъектом права связано, в первую очередь, с необходимостью более эффективного распределения ответственности. При этом распределение имущественной ответственности направлено на решение не только экономической, но и собственно юридической проблемы, связанной с обеспечением баланса интересов и адаптации права к изменениям социальной реальности.

Гибкость и эластичность гражданско-правовых понятий позволяет сделать вывод, что выбор конкретной модели правосубъектности и распределения ответственности будет зависеть от запросов практики.



Ключевые слова

субъект права, личность, правовая реальность, робот, распределение ответственности, правовой прагматизм, право и экономика

Библиографическое описание: Гаджиев Г.А., Войниканис Е.А. Может ли робот быть субъектом права (поиск правовых норм для регулирования цифровой экономики)? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 4. С. 24–48.

JEL: K00 УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.24.48

1. Проблема правосубъектности в контексте цифровой экономики

Еще в 90-е годы прошлого века вопрос, вынесенный в название настоящей статьи, обсуждался преимущественно в научной литературе¹ и не был актуальным с точки зрения правовой практики. Перспективы развития искусственного интеллекта, правомерность его сопоставления с человеческим разумом и даже сознанием были предметом исследования в области компьютерных технологий, кибернетики, когнитивной науки, аналитической философии, но были на периферии юридической науки. Однако становление новой цифровой экономики кардинально изменило ситуацию. Экспоненциальный рост данных стал катализатором для развития технологий искусственного интеллекта и машинного обучения, т.е. таких технологий, которые не просто помогают человеку, являясь пассивным инструментом в его руках, а способны заменить человека, действовать самостоятельно и адаптироваться к окружающей среде. В результате современный мир уже сложно себе представить без роботов² — беспилотных летательных аппаратов («дронов»), самоуправляемых транспортных средств и суперкомпьютеров, оснащенных вопросно-ответной системой искусственного интеллекта (таких, как суперкомпьютер Watson фирмы IBM).

¹ См., напр.: *Solum L.* Legal Personhood for Artificial Intelligences // *North Carolina Law Review*. 1992. Vol. 70. P. 1231; *Fisher J.* Computers as Agents: A Proposed Approach to Revised U.C.C. Article 2 // *Indiana Law Journal*. 1997. Vol. 72. Iss. 2. Art. 13; *Wein L.* The Responsibility of Intelligent Artifacts: toward an Automation Jurisprudence // *Harvard Journal of Law & Technology*. 1992. Vol. 6. P. 103–154.

² Понятие «робот» используется в настоящей статье в общепринятом значении — как устройство, созданное с использованием компьютерных технологий и выполняющее автоматические действия. Поскольку в статье анализируется проблема правосубъектности роботов, то в основном речь будет идти о роботах, разработанных с использованием технологий искусственного интеллекта, обладающих высоким уровнем автономности и способных к самообучению.

Но робототехника не только увеличивает возможности человека, изменяет экономику и качество жизни, она также создает новые проблемы. Так, в 2016 г. с автопилотируемыми автомобилями компании Tesla произошли две аварии со смертельным исходом — одна в США и другая в Китае. В обоих случаях компании удалось избежать ответственности³. После публикации в СМИ информации об авариях с участием автопилотируемых автомобилей компании «Тесла» Илон Маск заявил, что компании-производители не должны нести ответственность за аварии, в которые попадает самоходный автомобиль, подобно тому, как компания-производитель лифтов не должна нести ответственность в каждом случае останова лифта. По всей видимости, Маск имел в виду юридическую идею о том, что в таком случае имущественную ответственность должен нести собственник источника повышенной опасности, а не компания-производитель⁴. Однако если учитывать перспективу массового распространения самоуправляемых автомобилей⁵, вопросы безопасности и особенностей правовой ответственности остаются и становятся все более актуальными. Очевидно, что право уже не может оставаться в стороне. Чем теснее становится взаимодействие между цифровым и материальным миром, чем большим преобразованиям подвергаются экономика и общество в целом, тем более важной становится роль права. Необходимость и значение правового регулирования новых технологий, используемых в цифровой экономике, подтверждается, в частности, тем фактом, что в последние годы активно формируется законодательство, касающееся автопилотируемых автомобилей и дронов⁶.

В контексте развития искусственного интеллекта и робототехники для юридической науки особую актуальность приобретает изучение традици-

³ См.: Tesla's Self-Driving System Cleared in Deadly Crash. Available at: <https://www.nytimes.com/2017/01/19/business/tesla-model-s-autopilot-fatal-crash.html> (дата обращения: 31.10.2018); Tesla sued in China over fatal crash. Available at: <https://www.fit.com/content/80c45ad6-7ef0-11e6-bc52-0c7211ef3198> (дата обращения: 31.10.2018)

⁴ Россия одна из первых в Европе и в мире закрепила в ГК РСФСР 1922 г. безвиновную ответственность владельца источника повышенной опасности, и инициатором этого был А.Г. Гойхбарг, один из разработчиков первого советского Гражданского кодекса.

⁵ Разработку моделей автопилотируемых автомобилей, аналогичных автомобилям компании Tesla, анонсировали лидеры мировой автомобильной промышленности, такие как General Motors и Volvo.

⁶ Нормативные акты, регулирующие использование беспилотных летательных устройств, действуют в Канаде, Франции, Германии, Великобритании, Израиле, Японии, Новой Зеландии, Швеции и др. Специальное регулирование беспилотных автомобилей уже принято в США, Великобритании, Германии, Франции, Голландии, Швеции, Дании, Австралии. См. подробнее: Regulation of Drones. The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, 2016; At a Glance: Autonomous Vehicles, 25 July 2017. Available at: <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2017/global/at-a-glance-autonomous-vehicles>; A Global Race For Autonomous Vehicles: Views From The United States, Europe, And Asia, June 2, 2017.: <http://fticommunications.com/2017/06/global-race-autonomous-vehicles-views-united-states-europe-asia/> (дата обращения: 31.10.2018)

онной проблемы правоспособности, понятия лица, юридической личности, участвующей в имущественных отношениях.

В законодательстве одним из первых упоминаний роботов можно считать ст. 12 Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах (2005)⁷, где речь идет о специальных программах, так называемых «электронных агентах», которые предназначены для заключения договоров без участия человека. В официальном комментарии к Конвенции указывается, что сгенерированные компьютером операции рассматриваются как действия того физического или юридического лица, от имени которого используется компьютер. Атрибуция действий, производимых машиной, физическому или юридическому лицу, таким образом, основана на представлении о том, что машина всегда выполняет только заложенные в нее инструкции. Однако, как подчеркивается в комментарии, в перспективе новые поколения информационных систем смогут действовать не только автоматически, но и автономно, учиться на своем опыте и изменять первоначальные инструкции⁸.

Существенные преобразования, которые ожидают в цифровую эпоху понятие «субъект права», можно проиллюстрировать следующими двумя примерами.

Резолюция Европейского парламента. Европарламент 16.02. 2017 принял резолюцию о гражданско-правовых нормах, касающихся робототехники⁹. В тексте резолюции в качестве ключевого выделяется вопрос о гражданско-правовой ответственности за вред, причиненный роботами. Выделены две базовые модели ответственности, которые могут быть использованы в будущем законодательстве: (1) ответственность независимо от вины; (2) риск-ориентированный подход, когда ответственным признается то лицо, которое было способно минимизировать риски и негативные последствия.

Хотя Европейский парламент придерживается позиции, в соответствии с которой «на современном этапе ответственность должна лежать на человеке, а не на роботе», в документе подчеркивается, что распределение ответственности и ее соразмерность правонарушению представляет собой сложную задачу. Так, необходимо учитывать уровень автономности робота и проводить различие между навыками, которым робота обучили в процессе тренировок, и теми навыками, который робот приобрел посредством само-

⁷ Конвенция принята резолюцией 60/21 Генеральной Ассамблеи ООН от 23.11. 2005 // SPS ConsultantPlus.

⁸ Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах. New York, 2007. С. 69–70.

⁹ Civil Law Rules on Robotics European Parliament resolution of 16.02.2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)). EP reference number: P8_TA (2017)005.

обучения. В резолюции также отмечается, что в долгосрочной перспективе для наиболее сложных автономных роботов целесообразно предусмотреть специальный правовой статус «электронных лиц» (electronic persons), которые несут ответственность за любой причиненный ими вред и могут иметь определенные права и обязанности, если самостоятельно вступают в правовые отношения с третьими лицами.

Инициативный законопроект компании Dentons. В конце 2016 г. российские сотрудники юридической фирмы Dentons (Санкт-Петербургский офис) по заказу Grishin Robotics разработали законопроект «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования правового регулирования отношений в области робототехники». Однако конечной целью авторов было не внесение изменений в законодательство, а инициация экспертной дискуссии о системном законодательном регулировании в области робототехники¹⁰. Роботом-агентом, согласно законопроекту, признается робот, который по решению собственника и в силу конструктивных особенностей предназначен для участия в гражданском обороте. При условии регистрации модели робот-агент наделяется правоспособностью. В зависимости от того, выступает ли робот-агент в качестве субъекта договора или предмета сделки, к гражданским отношениям с участием роботов-агентов может применяться по аналогии либо гражданское законодательство о юридических лицах, либо гражданско-правовые нормы, касающиеся имущества. Ответственность за действия робота-агента, по общему правилу, несут его собственник и владелец, но основания для ответственности могут возникнуть и в результате действий других лица, прежде всего, разработчика, производителя роботов, лица, осуществлявшего техническое обслуживание робота-агента.

Приведенные примеры показывают, что понятие правосубъектности, которое имеет многовековую историю, сохраняет свою актуальность и, по всей видимости, будет востребовано для построения системы правового регулирования отношений, возникающих в цифровой экономике.

2. Понятие «лицо» и юридический концепт действительности

2.1. История формирования юридического понятия «лицо» как базового понятия правовой реальности

«Лицо» (persona — лат.) относится к числу древнейших юридических понятий, причем настолько важных, что его можно наряду с понятиями «дей-

¹⁰ Архипов В.В., Наумов В.Б. Искусственный интеллект и автономные устройства в контексте права: о разработке первого в России закона о робототехнике // Труды СПИИ РАН. 2017. Вып. 6 (55). С. 50.

ствие (договор)», «вещь», «ответственность», «государство», «воля» рассматривать как системообразующее. При этом понятие лица является базовым элементом, неотъемлемой частью юридического концепта действительности, того своеобразного юридического мира, который был создан в процессе многовековой эволюции юридической мысли. Фундаментальное юридическое понятие лица и правоспособности можно образно рассматривать как «входной билет» в юридический мир. Поэтому, прежде чем предложить инструментарий, обеспечивающий участие роботов в отношениях, регулируемых правом, необходимо кратко описать устройство этого юридического мира, который в период римского права обозначался термином *ars*, а затем, в период становления рациональной европейской науки в XVI–XVIII вв. получил законченный вид правового концепта действительности.

Понять устройство юридического мира помогает классическое определение права, данное Цельсом: «*Jus est ars boni et aequi*». Все знают эти латинские слова по переводу И.С. Перетерского: «Право есть искусство добра и справедливости». Однако не вполне точный перевод слова *ars* превращает действительно «превосходное» (по выражению Ульпиана) определение права в афоризм с туманным значением. Дело в том, что латинское слово *ars* является многозначным и, чтобы понять глубину определения Цельса, необходимо иметь в виду не только его значение как искусства, но и другие смысловые значения данного слова. Право как *ars* есть, прежде всего, продукт человеческого разума, науки и в этом смысле представляет собой нечто неестественное или искусственное.

Для понимания природы юридического мира как *ars* поучительна история перевода термина *persona* известными русскими цивилистами XIX века И.Б. Новицким и Г.Ф. Шершеневичем.

В известном учебнике римского права И.Б. Новицкого латинское слово *persona* переведено как лицо. То есть *persona* — это человек, пусть и не каждый; раб — это человек, но не *persona*, не лицо. Он недвусмысленно пишет, что лица — это люди. Г.Ф. Шершеневич в первом издании своего учебника, следуя традиции, также перевел *persona* как лицо. Но в более позднем издании «Учебника русского гражданского права» он переводит *persona* как маска, тем самым рассматривая это понятие уже не как антропологическое, биологическое, а как сугубо юридическое¹¹.

Казалось бы, какое значение имеет перевод латинского термина *persona* — лицо или маска. Оказывается, имеет, причем значительное. Е.В. Спекторский разъясняет, почему Г.Ф. Шершеневич уточнил свое понимание термина *persona*: «Даже понятие физического лица является чем-то надэмпирическим, особым метафизическим придатком к реальному человеку. Это поня-

¹¹ См.: Пятков Д.В. Физическое лицо человека // *Цивилист*, 2012. № 1. С. 33.

тие является как бы метафизической маской, личиной, надеваемой на людей юриспруденцией, — подобно той маске с очень широким ртом этрусского происхождения, которую носили римские актеры и которая называлась *persona*¹². Вот откуда — из атрибутов театральной жизни — заимствовано важнейшее юридическое понятие *persona*!

Как человек, оказавшийся в греческом или римском театре, в котором артисты носили специальные маски, переносился в особый мир, так и юристы для пространства правовой реальности ввели знаково-символическое понятие субъекта права. Оказывается, физическое лицо — это не человек, а правовая маска человека. Со времен классического римского права утверждение «субъектом права является только живой человек» — становится ошибочным как связанное с узко-реалистическим пониманием права, его концепта, в котором и еще не родившийся человек, и человек умерший могут быть признаны «субъектами права». Для римских юристов *persona* — это не человек, которого можно было потрогать руками, для них была несущественна телесная сущность человека, они признавали разницу между физическим и юридическим рождением человека.

Судьба таких фундаментальных гуманитарных понятий, как «лицо — персона — маска» и «личность, обладающая достоинством», является хорошим примером для демонстрации того, что известный русский философ права Е.В. Спекторский называл «генеалогией» социальных идей: «Семантическая обработка понятий носит генетический, по преимуществу исторический характер. Понятия не падают с неба в готовом виде и не парят, как Платоновы идеи, над действительностью в каком-то таинственном эмпирее... Вместо того, чтобы более или менее односторонне и произвольно дедуцировать понятия «чистые», гораздо целесообразнее взойти к историческим корням и разветвлениям подлежащих выяснению понятий; и среди этих разветвлений всегда найдут свое место и свое объяснение те значения, которые с такой гордостью и независимостью дедуцируются априорными теоретиками как единственно истинные»¹³.

Persona — это источник великого множества не только юридических, но и философских, теологических, социологических и даже литературных идей. Всем памятна цитата из комедии Шекспира «Как вам это понравится»: «Весь мир — театр. В нем женщины, мужчины — все актеры. У них свои есть выходы, уходы. И каждый не одну играет роль». Действительно, все начинается с маски, с этрусского слова «*fersu*», означающего «маска». *Persona* в классический период имела уже несколько значений, далеко отстоящих от театраль-

¹² Спекторский Е.В. Юриспруденция и философия // Юридический вестник. 1913. Кн. 2. С. 72–73.

¹³ Спекторский Е.В. Понятие общества в античном мире: Этюд по семантике обществоведения. Варшава, 1911. С. 4–5.

ной маски, которую имел в виду Шекспир. Оно означало и житейскую роль или функцию, которую выполнял человек в жизни, будучи либо пахарем, либо военачальником, либо поэтом. В случае смерти биологического человека происходил разрыв с его социальной функцией. Поэтому «*personam vitae deponere*», что означает — снять маску жизни, т.е. иносказательно — умереть. С лица умершего реально снимали гипсовую маску, что означало его освобождение от жизненной роли.

Обратим внимание на это обстоятельство — на некую двойственность человеческого сознания и реальной роли, функции, иначе — маски человека. Из этой двойственности проистекает различие биологического человека, наделенного сознанием, и его юридической маски (понятия лица), которая заменяет человека в искусственном юридическом мире, сконструированном из элементов, являющихся продуктами сознания, которые не обладают никаким реально значимым содержанием, а от начала до конца являются выдумками, фикциями, созданными человечеством в качестве технических средств приспособления к существованию в условиях социума.

Можно привести несколько убедительных примеров из истории правовой науки и практики, которые свидетельствуют о независимости юридического понятия лица от того, что принято считать субъектами в реальной жизни, а также в других науках, прежде всего, в философии и других гуманитарных науках (наличие воли, сознания, интересов и т.п.).

Так, Б. Виндшейд различал три вида юридических лиц и, помимо совокупности физических лиц и учреждений, выделял также совокупность имущества (*Vermögensbegriffe*). Государственная казна или *hereditas iacens* («лежащее наследство») могут рассматриваться как юридическое лицо, иметь права и обязанности¹⁴. Обосновывая несовпадение субъекта права с понятием конкретного, живого индивида, Е.Н. Трубецкой приводил в пример право человеческого зародыша, который еще не родился, а также случаи существования субъекта права, когда соответствующий ему человек прекратил свое физическое существование¹⁵.

В Индии, согласно древним религиозным обычаям, индуистские идолы признаются судами юридическими лицами, имеют свои интересы, которые требуют защиты, обладают правом подавать иски и быть ответчиками в суде. В интересах идола в суде выступает человек, на попечении которого находится идол и который наделяется правами управляющего по аналогии с правами управляющего имуществом несовершеннолетнего наследника¹⁶.

¹⁴ *Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts*. 6. Aufl. Frankfurt a. M., 1887. S. 156–161.

¹⁵ Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1917. С. 166–167. См. также критику Е.Н. Трубецким теории фикций Ф.К. фон Савиньи: Там же. С.175–176.

¹⁶ См.: *Bombay High Court: Pramatha Nath Mullick vs Pradyumna Kumar Mullick on 28 April, 1925. L.R. 52, Ind. App. 252.*

Согласно индуистскому праву, идола можно сделать наследником всего имущества¹⁷. Напротив, «санньяси» («отречение»), аскет, отрекшийся от мира, не только отказывается от всего своего имущества, но полностью теряет свою правоспособность, перестает быть субъектом гражданских прав. С точки зрения индийской правовой доктрины понятие лица является в полной мере условным и может применяться к любым существам, вещам или объектам. В 2000 г. Верховный суд Индии, имея в виду имущественные интересы сикхской религиозной общины, признал юридическим лицом «Гуру Грантх Сахиб» — основной священный текст сикхов¹⁸.

В рамках морского права еще в начале XX века в некоторых государствах юридическим лицом признавались корабли¹⁹. Как справедливо отмечал Б. Смит, функция юридического лица состоит не только в регулировании поведения того субъекта, которому присваивается данный статус, но и в регулировании поведения человеческих существ по отношению к этому субъекту или по отношению друг к другу. «Сделать корабль юридическим лицом соответствует интересам общества, конечно же, не потому что это как-то изменит поведение корабля, а потому, что его личность является эффективным инструментом для контроля при определенных обстоятельствах его собственника или других людей. Широкое назначение юридического лица, будь то корабля, идола, молекулы или человека, а также кого-либо или чего-либо, кому оно предписывается, заключается в том, чтобы упрощать регулирование посредством организации общественных отношений, человеческого поведения и взаимодействия»²⁰.

История с переводом и толкованием понятия римского права «*persona*» в юридических текстах имеет свое продолжение в современной правовой науке.

Французский историк права Д. Деруссен обращает внимание, что термин *persona* используется в дидактических текстах римского права (Институции Гая и Дигесты Юстиниана) как абстрактное родовое понятие, а понятие физического лица является только одним из его значений, причем далеко не самым важным. Но даже в значении индивида термин *лицо* или *личность* не означал для римлян внутренних свойств человека, а, скорее, совокупность элементов, которые характеризуют человека с точки зрения его социально-

¹⁷ Calcutta High Court: Pramatha Nath Mukherjee And Ors. vs Anukul Chandra Banerjee And ... on 21 July, 1924.

¹⁸ Supreme Court of India Shriomani Gurudwara Prabandhak ... vs Shri Som Nath Dass & Ors on 29 March, 2000. См. также комментарий к данному решению в статье: *Singh K. Aad Guru Granth Sahib — A Juristic Person // Understanding Sikhism. The Research Journal. July-December. 2000. Vol. 2. No. 2. P. 24–28.*

¹⁹ U.S. Supreme Court. *Tucker v. Alexandroff*, 183 U.S. 424 (1902). *Tucker v. Alexandroff*. No. 303. January 6, 1902. 183 U.S. 424.

²⁰ *Smith B. Legal personality // Yale Law Journal. 1928. N 3. P. 296.*

го и экономического статуса. «Persona в действительности обозначает одновременно и персонаж, которого исполняют, и функцию, стереотипную и кодифицированную, так же, как это имеет место в трагедиях или комедиях», т.е. слово persona в значении физического лица всегда несло в себе определенный технический смысл и специально использовалось для обозначения «правовой роли»²¹.

Сравнительное историческое исследование, которое провел Т. Ву, показало, что «юридическая личность» и сам человек римскими юристами никогда не отождествлялись: слово persona использовалось с глаголами носить, представлять, исполнять, сохранять (*gerere, tenere, sustinere, suscipere* и т.п.), но никогда не употреблялось с глаголом «быть». Представление о том, что юридическая маска и человек, который ее носит, суть одно и то же, закрепилось в европейской юриспруденции только в XIX в. во многом благодаря теории фикций Ф.К. фон Савиньи, основанной на тезисе, что действительными субъектами права могут быть только живые люди²².

Таким образом, именно в XIX в. сформировались два юридических мировоззрения: «узко-реалистическое» понимание права, связывающее право с внешним материальным миром, и мировоззрение, основу которого составляет подход к юридическому миру как к особой и самодостаточной реальности. Е.Н. Трубецкой очень точно показал суть проблемы правосубъектности через различие в методологических подходах к пониманию правовой реальности: «В большинстве юридических энциклопедий отдел о субъекте права начинается с положения, что субъектом прав является человек, физическое лицо. Положение, что люди являются субъектами прав, само собой очевидно и не нуждается в разъяснении. Но рядом с этим значительная часть юристов полагают, что субъектами права могут быть только живые, действительные люди. Положение это служит в наше время предметом спора, имеющего первостепенное значение. Утверждение, что субъектом права может быть только живой человек, тесно связано с узко-реалистическим пониманием права»²³. Отметим, что узко-реалистический подход к праву — это не только отрицание правовой реальности за субъектами права, не совпадающими с биологическими человеческими существами, но и негативное отношение к

²¹ *Deroussin D.* Homo / persona. Archéologie antique de la personne / De la terre à l'usine: des hommes et du droit. Mélanges offerts à Gérard Aubin / B. Gallinato-Contino et N. Hakim (dir.). Bordeaux, 2014. P. 439–440.

²² *Wu T.-M.* Lost in translation: the verbal change from persona to person // Comparative Legilinguistics. 2010. Vol. 2. P. 141–151. См. также: *Wu T.-M.* Legal Personhood from the 18th to mid-20th Century: From Neologism to Concept. Legal Bodies: Corpus/ Persona/ Communitas” Leiden., 2014 [Электронный ресурс]: http://idv.sinica.edu.tw/tmwu/share/20140530_Personhood_18_20sec.pdf (дата обращения: 31.10.2018)

²³ Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М.: Т-во Тип. А.И. Мамонтова, 1917. С. 166.

другим элементам юридического концепта, в частности, к воле государства. Воля государства в юриспруденции как понятие предполагает совсем не то, что обычно понимается под волей в философии или психологии.

2.2. Проблема смешения правового понятия лица и понятия человеческой личности

Казалось бы, все сказанное ранее должно было подвести нас к однозначному ответу, что при определенном уровне робототехники рассматривать автономных роботов как субъектов права можно и даже целесообразно. Однако, как указывалось ранее, правовое понятие лица, восходящее к понятию *persona* римского права, имеет сложную историю, в которой оно взаимодействовало с другими понятиями, а его первоначальное значение серьезно трансформировалось под воздействием других сфер культуры и науки. Действительно, начиная с XIX в. и даже сегодня сложно себе представить рассуждение о физическом и даже юридическом лице без упоминания человеческой личности или ее отдельных атрибутов, таких как воля или интерес.

Очевидно, что существенную роль в объединении и смешении в юридическом понятии субъекта права понятий лица, маски и индивидуальной человеческой личности сыграла философия. В период, следующий за античностью, практически вся история европейской философии проходит под знаком самопознания человека и его места в мире. Согласно Фоме Аквинскому, «личность означает совершеннейшее во всей природе, т.е. заключающееся в разумной природе»²⁴. Р. Декарт связывает сущность человека с его способностью к самоидентификации в качестве мыслящего существа (*cogito ergo sum*). Согласно Г.В. Лейбницу, человек представляет собой не просто познающее существо, но и существо моральное. Лейбниц полагал, что под бессмертием человека «понимают не только то, что душа будет пребывать, но и то, что будет сохраняться личность, т.е. когда говорят, что человеческая душа бессмертна, допускают продолжение существования того, что обуславливает эту личность и сохраняет нравственные качества, поскольку личность имеет совесть, или внутреннее рефлексивное чувство того, какова ее душа. А это и делает ее восприимчивой к наказанию или вознаграждению»²⁵. Также у И. Канта главным в человеке является не его способность к познанию, а практический разум, «моральное сознание» и способность к свободному самоопределению. Й. Фейербах в своей антропологической философии, одним из первых сумел восстановить в правах

²⁴ *Persona* significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura. См.: *Aquinatis T. Summa Theologica*. I, qu, 29, art. 3.26.

²⁵ Лейбниц Г. Сочинения. Том 4. М., 1989. С. 183.

чувственную природу человека. Человека нельзя воспринимать только как мыслящее существо, поскольку мышление всегда абстрактно: «Тело есть основание, субъект личности»²⁶. Соответственно, без тела личность человека становится абстракцией, сущностью без существования. Конфликт «духа и плоти» Фейербах рассматривал как «главный метафизический принцип». В философии К. Маркса, с другой стороны, человек рассматривается как «совокупность общественных отношений»²⁷, т.е. определяющим для природы человека является его социальное бытие.

Описанная многомерность понятия личности позволяет охарактеризовать историю развития представления о личности как историю открытия ее различных измерений. С другой стороны, история показывает и иную сторону развития философской мысли. Хотя европейская философия и претендовала на познание последней истины, универсальность и метафизичность, в действительности философский дискурс о человеке вообще был и остается дискурсом об уникальности и культурной идентичности, прежде всего, европейского человека. Современные правовые дискуссии о правах человека в контексте мультикультурного мира фактически являются отражением научных изысканий, связанных с европоцентризмом, заслуга развития которых принадлежит этнографам, антропологам и историкам, но никак не философам²⁸.

Поэтому, взаимодействуя с другими сферами практики и научного познания, право не может и не должно потерять свою идентичность. Скорее, речь идет о том, чтобы осмыслить и перевести на юридический язык те ценностные достижения других сфер человеческого познания, которые могли бы способствовать собственному развитию права и реализации его основных функций. Представляется, что история развития права, включая современное право, подтверждает высказанный тезис. Авторы монографии «Правовая теория автономных искусственных агентов» справедливо отмечают: «В целом, признание правосубъектности законодательными органами или судами происходит в ответ на юридическое, политическое или моральное давление. Тем самым правовая система стремится обеспечить свою внутреннюю функциональную согласованность. Юридические лица признаются таковыми для облегчения работы закона в соответствии с социальными реалиями. Этому, следовательно, не вполне соответствуют аргументы в пользу создания новых видов юридического лица, основанные на метафизически или морально выраженном понятии человека, которое используется

²⁶ Фейербах Л. Сочинения. Т. 2. М., 1955. С. 124.

²⁷ Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Т. 42. С. 262.

²⁸ См., напр.: Rouland N. Les fondements anthropologiques des droits de l'Homme // Revue générale de droit. 1994. N 25. P. 5–47.

в философском дискурсе. Ключевым для аргументов, которые излагаются на судебных заседаниях, является исторический или правовой прецедент и прагматичная оценка наиболее важных интересов общества»²⁹.

Только сохраняя свою идентичность, право может играть активную роль в развитии экономики и общества в целом. Право является не набором технических инструментов, а наукой (*ars*), которая обеспечивает сбалансированные и справедливые отношения в обществе благодаря тому, что всегда имеет в виду не только настоящее, но и будущее, не только сущее, но и должное, т.е. идеалы, к реализации которых стремится общество. Признавая важность человеческой личности, уникальность стремления человека к самопознанию и моральному совершенству, мы не должны отказываться от концепта юридического мира. Редуцируя личность к лицу, к определенной совокупности функций или юридических масок, право совсем не обедняет понимание человеческой природы и способностей. Скорее, право конституирует еще одно, дополнительное измерение социального бытия человека.

3. Роботы как субъекты права: правовой прагматизм против правового консерватизма

Возвращаясь к вопросу о возможности рассматривать роботов как субъектов права, необходимо проанализировать то, что оценивается учеными, политиками и практиками как препятствие для принятия данного решения. В чем заключаются причины скептицизма и даже вполне реальных опасений, касающихся угрозы человечеству со стороны роботов?

Правосубъектность роботов в рамках российского проекта компании Dentons не рассматривается как какая-либо значимая проблема. Но дело в том, что роботы-агенты в российском законопроекте не представляют собой самообучающиеся устройства, способные пройти тест Тьюринга и самостоятельно действующие в материальном мире. Поскольку, согласно положениям законопроекта, единственное предназначение таких агентов заключается в их участии в гражданском обороте, т.е. в заключении сделок, представляется, что разработчики имели в виду достаточно простые компьютерные программы, которые активно используются бизнесом уже не одно десятилетие. Аналогом таких роботов-агентов являются «электронные агенты», использование которых признается законным в соответствии с Конвенцией ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах.

Что касается Европейского парламента, то в резолюции 2017 г. упоминается о правосубъектности роботов только как о долгосрочной перспективе,

²⁹ Chopra S., White L. A legal theory for autonomous artificial agents. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2011. P. 155.

относящейся исключительно к наиболее продвинутым и автономным роботам. Во время дебатов положений резолюции в феврале 2017 г. Ж. Лебретон, член парламента, доктор философии и права выразил свою позицию по поводу наделения роботов юридической личностью следующим образом: «Я возражаю против данной перспективы по двум причинам: прежде всего, поскольку она снимет всякую ответственность с их производителей и пользователей, что, несомненно, обрадовало бы мощные лобби; во-вторых, и это главное, потому что я считаю, также как и Жак Маритен, что человеческая личность наделена духовным существованием, с которым несопоставим ни один искусственный интеллект»³⁰. В свою очередь, М. Делво, основной докладчик на дебатах по вопросу о гражданско-правовых нормах в робототехнике, отметила: «В этом докладе мы просим Комиссию изучить, проанализировать и рассмотреть последствия всех правовых решений, которые обсуждаются в отношении правосубъектности роботов, в отношении ответственности и, следовательно, компенсации за нанесенный ущерб. Кстати, я удивлена, что парламент отказывается от обсуждения идей из интеллектуальной среды, которые публикуются в книгах и которые отражают направления мысли, которые уже существовали до начала данного спора»³¹.

Возможно, еще более красноречива является оценка, которую проект получил по результатам специального исследования 2016 г., которое было проведено Комитетом по правовым делам Европарламента³². В экспертном исследовании были выдвинуты серьезные возражения против любой перспективы наделения роботов правосубъектностью. Предложение, касающееся статуса робота как «электронного субъекта», рассматривается, в частности, как стремление признать действие в отношении роботов основных прав, таких как право на жизнь (т.е. право на неразрушение), право на достоинство, право на равенство с человечеством, право на пенсию, право на получение вознаграждения и т.д. Данный аргумент вряд ли может рассматриваться как серьезный, если учитывать, что роботы могут рассматриваться как субъекты для определенной цели и только в определенных правоотношениях.

Приведем общий вывод автора исследования полностью: «На самом деле, сторонники варианта правосубъектности имеют нереальное представление о роботе, вдохновленное научно-фантастическими романами и кино. Они

³⁰ European Parliament. REPORT with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)). Debates, 15 February 2017. Available at: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20170215&secondRef=ITEM-014&language=EN&ring=A8-2017-0005> (дата обращения: 31.10.2018)

³¹ Ibid.

³² Nievans N. European Civil Law Rules in Robotics. Study. European Parliament's Legal Affairs Committee. 2016. Available at: <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/supporting-analyses-search.html> (дата обращения: 31.10.2018)

рассматривают робота — особенно, если он подпадает под классификацию умного и является гуманоидом, — как подлинное мыслящее искусственное творение, человеческое alter ego. Мы полагаем, что было бы неправильным и неуместным не только признавать существование электронного субъекта, но даже создать такую юридическую личность. Это приведет не только к риску надления правами и обязанностями того, что является простым инструментом, но и нарушит границы между человеком и машиной, сделает размытыми грань между живым и неживым, человеком и нечеловеческим. Более того, создание нового типа личности — электронной личности — посылает сильный сигнал, который может не только разжечь страх перед искусственными существами, но и поставить под сомнение гуманистические основы Европы. Таким образом, присвоение статуса личности неживой, бессознательной сущности является ошибкой, поскольку, в конечном итоге, человечество, скорее всего, будет низведено до уровня машины. Роботы должны служить человечеству и не должны играть никакой другой роли, кроме как в сфере научной фантастики»³³.

Не является ли приведенная оценка излишне эмоциональной и в связи с этим не вполне профессиональной, в особенности, когда речь идет о Комитете по правовым делам? Обвинение, касающееся увлеченностью научной фантастикой, адресованное разработчикам проекта, можно с таким же успехом предъявить и автору исследования, учитывая, что научная фантастика и, в особенности, кино, в последние годы активно эксплуатирует тему безжалостных роботов, которые одержат победу над человечеством? Не меньше сомнений вызывает заявление, что правосубъектность роботов подрывает «гуманистические основы Европы».

Для того чтобы создать основу для более объективной оценки спорной ситуации, возможно, стоит ответить на другой вопрос: подрывает ли гуманитарные основы Европы надление частичной правосубъектностью животных?

Вопрос о правосубъектности животных стал особенно актуален именно в связи с развитием технологий и ростом народонаселения. Это вопрос о выживании диких животных и жестокости человека как по отношению к диким, так и к домашним животным. Приведем в качестве примера Канаду. В 1998 г. Министерство юстиции Канады вынесло на общественное обсуждение необходимость реформы законодательства о жестокости к животным. Основной вопрос состоял в том, правильно ли классифицировать жестокое обращение с животными как преступление против собственности, как это закрепляло действующее законодательство: «Должен ли уголовный закон продолжать относиться к животным, в первую очередь, как к собственно-

³³ Ibid. P. 16.

сти, или закон должен защищать животных от злоупотреблений независимо от их статуса как собственности?»³⁴. Однако итогом длительного и жесткого обсуждения стал вывод, что право собственности и его правовая защита важнее, чем защита животных.

В последующие годы в парламент Канады были внесены как минимум восемь законопроектов, но ни один из них не был принят. Одним из немногих законодательных актов, признающих, что животные все же являются чем-то большим, чем имущество, принадлежащее человеку, стал принятый Новой Зеландией в 2015 г. Закон о внесении изменений в Закон о благополучии животных³⁵. В Закон была внесена поправка, в соответствии с которой животные имеют чувства (are sentiment)³⁶. Между тем, равнодушное отношение к животным говорит больше не об их ценности и полезности в качестве имущества или об их опасности для человека, а о самом человеке. М. Ганди говорил, что «о величии и моральном прогрессе нации можно судить по отношению к животным».

Обращение к вопросу о правах животных в настоящей статье не означает, что роботов необходимо рассматривать как разумных и, тем более, чувствующих существ. Речь идет как раз об обратном, а именно — об отсутствии прямой связи между правосубъектностью и качествами, присущими человеку. Пример с действующим законодательством о защите животных, с одной стороны, наглядно демонстрирует, что в определенных случаях признание правосубъектности может служить более эффективным механизмом, чем иные правовые решения³⁷. С другой стороны, аргументы, которые приводятся в рамках дискуссий о правосубъектности как животных, так и роботов, заставляют задуматься о факторах, определяющих мнение общественности, т.е. отношение общества к той или иной проблеме.

Дж. Дьюи, один из основоположников философии прагматизма, в своей статье «Историческое развитие корпоративной правосубъектности» (1926) отмечал, что споры вокруг как индивидуальной, так и корпоративной правосубъектности являются следствием не критической и часто неосознанной приверженности различным неправовым теориям из области философии, психологии и теологии. Содержание и обоснование правовых понятий не

³⁴ Canada. Minister of Justice. *Crimes Against Animals: A Consultation Paper*. Ottawa: Library of Parliament, 1998. n. 212.

³⁵ New Zealand Animal Welfare Amendment Act 9. May 2015. N 49.

³⁶ В недавнем исследовании Европейского парламента о благополучии животных в Европейском союзе признаются серьезные недостатки в законодательстве. См.: Broom D. *Animal Welfare in the European Union. Study*. European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs. , 2017. P. 10–11.

³⁷ См.: *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*. Visa A. et al (eds.). Springer, 2017.

могут оставаться неизменными, когда изменяется общество, экономика, а также общенаучные представления и подходы: «...Если внедрение торгового права не приведет к правовому регулированию, соответствующему сложным промышленным отношениям современного периода, то еще более очевидно, что старые неправовые доктрины, которые когда-то служили развитию правовых норм, сегодня могут являться препятствием. Мы часто обсуждаем проблемы с точки зрения старых идей, тогда как решение проблемы связано с избавлением от старых идей и их заменой на понятия, более соответствующие современному состоянию идей и знаний»³⁸.

Чтобы разобраться, по какой причине одни юристы считают возможным и целесообразным рассматривать правосубъектность как фикцию, а другие, напротив, склоняются к тому, чтобы приписывать юридическим лицам свойства человека (волю и интересы), методологически важно, как полагал Дьюи, использовать определенный подход к определению базовых понятий. Согласно формальной логике, унаследованной от древних греков, определение должно содержать указание на сущность и универсальную внутреннюю природу определяемого объекта. Согласно другому способу, который соответствует принципу прагматизма Ч. Пирса, предмет определяется через то, что он делает, через те наблюдаемые, внешние эффекты, которые он производит в других предметах. Таким образом, корпоративная правоспособность должна представлять собой не некую внутреннюю сущность, а лишь те последствия, результаты, к которым она приводит³⁹.

Сходной позиции придерживается Р. Познер. В поисках ответа на вопрос о правосубъектности животных он приходит к концептуальному выводу, что ни этические, ни любые иные чисто философские аргументы не определяют отношения общества к данному вопросу, точно так же, как и к расовому вопросу, гомосексуальности, контрацепции или самоубийству. «Уроки истории, а не идеи Платона, Аристотеля, Канта или Хайдеггера заставили многих философов, а также нефилософов, обратиться в итоге против расизма и гомофобии. Философия следует моральным изменениям; она не вызывает их и даже их не направляет»⁴⁰. Поэтому применительно к правосубъектности животных Познер предлагает обратиться к методологии права и экономики и детально исследовать на системной основе многочисленные факторы, определяющие издержки и выгоды от введения правосубъектности животных.

³⁸ Dewey J. The Historic Background of Corporate Legal Personality // Yale Law Journal. 1926. N 35. P. 657.

³⁹ Ibid. P. 660–661.

⁴⁰ Posner R. Animal Rights: Legal, Philosophical, and Pragmatic Perspectives / Animal rights: current debates and new directions. Sunstein C. (ed.). New York: Oxford University Press, 2004. P. 68.

Предложенная Р. Познером стратегия применима и к решению вопроса о правосубъектности роботов. Данная стратегия в полной мере совместима с общей постановкой проблемы Дж. Дьюи, т.е. с прагматическим подходом к анализируемой ситуации и готовностью давать объективную оценку существующим и новым понятиям и подходам. Р. Познер, признает себя сторонником не только философского утилитаризма, но и прагматизма⁴¹.

Проблемный вопрос о возможности или невозможности признать роботов субъектами права в значительной степени связан с появлением поколения автономных роботов, способных к самообучению. В первую очередь, возникает потребность в правовой оценке ситуаций, когда действия робота приводят к нанесению вреда (деликту). Допустим, автономный, способный к самообучению дрон поранил своего владельца или третье лицо. Причины такого поведения дрона могут быть различными. Во-первых, в программном обеспечении дрона может быть дефект. В этом случае ответственность лежит на производителе. Во-вторых, владелец дрона мог неправильно «обучить» дрона, тогда ответственность лежит на нем. Но дело в том, что с технической точки зрения сами понятия «автономность робота» и «самообучение робота» означают отсутствие стопроцентной предсказуемости его поведения. Следовательно, возможна ситуация, когда установить прямую связь между действиями производителя или пользователя и тем вредом, который причинил робот, крайне сложно.

Таким образом, если признание робота субъектом права имеет какой-либо смысл или назначение, то оно заключается в более эффективном и сбалансированном распределении ответственности. Напротив, если робот не способен возместить нанесенный им вред, необходимость признания его субъектом права становится проблематичной. В свою очередь, задача или социальная потребность в распределении ответственности является следствием более сложной, универсальной потребности в равновесии.

Для того, чтобы эта мысль стала понятной, необходимо вспомнить «забытого рационалиста XVII века». Речь идет о серьезном ученом — математике, астрономе и философе Э. Вейгеле, одном из авторов учения об особом моральном или нормативном (юридическом) мире как мире, который был установлен в процессе длительной социальной эволюции человечества и является «как бы вторым творением» (*quadam creation secunda*)⁴². Э. Вейгель, профессор Йенского университета, учитель Лейбница и Пуффендорфа, сравнивал моральный мир с физическим и с удивлением обнаружил, что моральный космос хотя и отличается от физического мира, вместе с тем

⁴¹ См., напр.: *Posner R. Pragmatic Adjudication // Cardozo Law Review. 1996. Vol. 18. P. 1–21; Posner R. Legal Pragmatism Defended // University of Chicago Law Review. 2004. Vol. 71. P. 683–690.*

⁴² Спекторский Е.В. Эдгар Вейгель — забытый рационалист XVII века. Варшава, 1909. С. 44–45.

вполне аналогичен ему и не хуже поддается описанию с помощью «своего рода геометрии»⁴³.

Уподобляя моральный мир миру природы, немецкий философ был убежден, что оба мира имеют аналогичную структуру. В юридическом мире есть свое пространство, фигуры, тела. В физическом мире все многообразие существующих объектов можно «разложить» на геометрические фигуры. Что касается юридического мира, то в этом мире установленных правил и должного есть свои «фигуры», и это лица, субъекты правовых отношений. Аналогией вещей и тел физического мира в моральном мире выступают «моральные субстанции» (вещи и юридические лица). При этом созданный человеческой волей моральный мир, включая моральные субстанции, так же реален, как и мир природы: «Эту последнюю реальность Вейгель понимает не метафизически, как нечто имеющее трансцендентное бытие вне и помимо человеческого установления, а как продукт именно этого установления (*impositio*), в силу своей общепринятости имеющий не субъективное, а объективное значение»⁴⁴.

Изоморфность физического и морального миров привела Вейгеля к мысли, что подобно тому, как в первом есть физические закономерности, такие же закономерности можно обнаружить и в юридическом мире. И если в физическом мире наблюдаются состояния равновесия и движения, то и в моральных, и правовых отношениях, образующих пространство морального и юридического миров, можно обнаружить состояние равновесия. Вейгель считал, что от природы в душе человека заложена своего рода нравственная таблица умножения, состоящая из четырех правил, сводящихся к одному: *делай другим то, что ты хочешь, чтобы они делали тебе*. Таков внутренний закон, от природы написанный в сердце (душе) человека⁴⁵. Право, считал Вейгель, неразрывно связано с этим нравственным законом, именно поэтому право невозможно изолировать от морали и рассматривать безотносительно от его нравственного стержня. От природы человек является своеобразным «счетчиком», и можно сказать, что именно на данной способности

⁴³ Там же. С. 25.

⁴⁴ Там же. С. 48.

⁴⁵ Так называемое «золотое правило нравственности», т.е. правило взаимности, известно с древних времен и рассматривается многими религиями как обязательное правило или принцип взаимоотношений между людьми. «Итак, во всем, как хотите, чтобы с вами поступали люди, так поступайте и вы с ними, ибо в этом закон и пророки» (Св. Евангелие от Матфея 7:12). Сура 83 («Обмеривающие») Корана, согласно авторитетным комментариям, также является выражением «золотого правила» (*The Golden Rule: The Ethics of Reciprocity in World Religions* / Ed. J. Neusner, B. Chilton. Bloomsbury Publishing, 2008. P. 102–103). И. Кант считал, что «золотое правило» (*quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris* — «чего не хочешь себе, не делай другому») само по себе не является всеобщим законом, но полагал, что оно необходимым образом выводится из категорического императива. См.: *Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 4. Часть 1. М., 1965. С. 271.*

человека основана практическая этика (если ты мне сделал что-то доброе, то и я должен отплатить тебе добром, — учетная операция!).

Заметим, что в описанной структуре соотношения права и морали есть что-то похожее на возникшую позднее познавательную структуру оценки экономической ценности в процессе обмена. Хотя моральная математика отличается от экономической, homo economicus тоже может рассматриваться с точки зрения операций расчета, сопоставления и поиска равновесия. Не случайно вопросы общего (структурного) основания развития человеческого общества в его экономическом, правовом и этическом измерениях привлекало внимание и одного из основоположников институциональной экономики Джонса Коммонса. Право ученый связывал, прежде всего, с психологическими и этическими аспектами взаимоотношений между людьми, «набором желаний и страхов, которые человеческие существа питают друг к другу»⁴⁶. Но то же самое справедливо и в отношении экономики и этики: «Сами лица — суть наборы качеств, которые мы называем ожидаемым результатом: их поведение, на которое надеются или которого страшатся, — это процесс ожидания, связанный с ними. Когда эти ожидания предсказуемы, они принимают форму закона, норм или принципов человеческого поведения, которые суть не что иное, как предположение о том, как индивиды или классы будут действовать при определенных обстоятельствах. Экономически они действуют, движимые полезностью; этически они действуют, движимые симпатией и обязанностью»⁴⁷. Сущность человека как социального существа проявляется, в том числе, в приобретенной способности вести разные расчеты, сопоставлять, взвешивать и таким образом снова и снова обеспечивать равновесие социального бытия (правопорядок). Благодаря созданной в обществе инфраструктуре социальных норм человек в отношениях с другими учитывает сложившиеся моральные, юридические, экономические и другие нормы, которые помогают ему в мире должествования соизмерять и оценивать свои действия.

Моральный космос создан социальной практикой человечества и поэтому он, конечно, отличается от физического мира, сотворенного по законам, которые изучают естественные науки. Но чрезвычайно полезно сфокусироваться не на различиях между физическим миром и «миром установлений» (т.е. разного рода правил и социальных норм, обязательных для человека), а на их взаимосвязи. Не случайно, пожалуй, самые знаменитые строки Канта посвящены сравнению двух миров — физического и морального: «Две вещи наполняют душу всегда новым и все более сильным удивлением и благого-

⁴⁶ Коммонс Дж. *Правовые основания капитализма*. М., 2011. С. 97.

⁴⁷ Там же. С. 104.

нением, чем чаще и продолжительнее мы размышляем о них, — это звездное небо надо мной и моральный закон во мне»⁴⁸.

Таким образом, существует универсальная познавательная структура, общая для математики, этики и экономики. В мире установлений, «моральном мире», о котором писал Вейгель, существует потребность в расчете (сравнении, соотнесении и взвешивании). Распределение имущественной ответственности — это лишь частный случай способности человека оценивать (рассчитывать) последствия своих действий и вырабатывать модель регулирования социальных отношений, которая обеспечивает общественный порядок. В конечном счете, потребность наделить самообучающихся роботов правами юридического лица можно объяснить потребностью в равновесии. Состояние равновесия может быть достигнуто, если за вред, причиненный таким роботом, возникнет ответственность в виде имущественной компенсации за счет денежных средств, которые могут быть аккумулированы у этого нового субъекта права разными способами, не исключая и страховые механизмы. Поэтому нет ничего удивительного, если самообучающиеся роботы получают права юридического лица.

Одной из возможностей решить проблему возмещения вреда роботом является введение обязательной системы регистрации роботов и обязательного страхования их ответственности. Другой альтернативой могла бы стать доктрина *respondeat superior*⁴⁹, согласно которой вышестоящий (работодатель, принципал) всегда отвечает за действия своего агента, работника или иного подконтрольного ему лица. С. Чопра и Л. Уайт, рассматривая вопрос о целесообразности возложения ответственности на самих роботов, приходят к выводу, что задача не сводится к возмещению убытков: «Признание вины искусственного агента, обеспечит не только возмещение убытков, но также большую согласованность дискурса, касающегося функций искусственных агентов и переложения на них ответственности. Таким образом, реальное значение наложения ответственности, на искусственных агентов может заключаться не столько в прямом возмещении убытков, сколько в том, чтобы внести вклад в повышение социального воздействия и роли права»⁵⁰. Приведенный тезис заслуживает внимания, так как показывает, что распределение имущественной ответственности направлено на решение не только экономической, но и собственно юридической проблемы, связанной с обеспечением баланса интересов и адаптации права к изменениям социальной реальности.

⁴⁸ Кант И. Указ. соч. С. 499.

⁴⁹ *Respondeat superior* — лат. «пусть ответит старший».

⁵⁰ *Chopra S., White L. Op. cit. P. 150.*

Заключение

Метафизические споры о понятиях правосубъектности или сущности юридического лица могут продолжаться бесконечно. Но необходимо заботиться об авторитете юридической науки и гражданского права. С точки зрения философии науки, непрекращающиеся споры о понятиях являются свидетельством серьезного методологического кризиса в той или иной науке и назревшей потребности к парадигмальным изменениям. Полагаем, что как компромисс может быть предложена следующая модель для оценки и решения проблемы.

В науке гражданского права сформировался институт лица как участника гражданских правоотношений. Участниками последних могут быть только лица — физические и юридические. Последние охватывают собой очень широкий круг участников гражданских правоотношений. Согласно российскому праву, в качестве таких участников могут выступать как коммерческие организации, включая крестьянские (фермерских) хозяйства, так и публично-правовые образования, к которым, в частности, относятся государственные учреждения, государственные корпорации, адвокатские образования и даже такие специфические субъекты, как казачьи общества⁵¹.

Сам факт включения в перечень субъектов гражданских правоотношений таких юридических лиц, как казачьи общества и крестьянские хозяйства, является свидетельством эластичности понятия юридического лица. Поэтому в будущем, когда по мере совершенствования искусственного интеллекта может возникнуть потребность в признании юридической личности роботов, можно будет подумать — а не признать ли их особой разновидностью юридических лиц? Может быть использован и альтернативный вариант, основанный на использовании уже имеющейся юридической техники уподобления⁵². Роботов в этом случае можно будет признать «как бы субъектами права» (квази-субъектами).

Практическая потребность, которая будет подталкивать процесс цивилистической легитимизации признания юридической личности у высоко развитой робототехники, связана, как указывалось выше, с необходимостью решения проблемы юридической ответственности.

В настоящее время уже возникает необходимость разрешения юридических конфликтов с участием как автономных роботов, так и операторов робототехники. Например, используемая сегодня робототехника позволя-

⁵¹ Ст. 50 «Коммерческие и некоммерческие организации» ГК Российской Федерации // СПС Гарант.

⁵² Напр., в соответствии с п. 2 ст. 124 ГК РФ публично-правовые образования уподобляются юридическим лицам.

ет значительно снизить риск ошибки при диагностировании заболеваний человека, но и она не исключает ошибки. Если же ошибка будет допущена в результате применения такой робототехники, то возникают несколько вопросов: какой вариант деликтной ответственности должен применяться, кто будет нести ответственность и каковы будут ее субъективные основания? В арсенале частного права есть различные варианты ответственности, такие как смешанная ответственность при совместном причинении вреда; ответственность лица, являющегося источником повышенной опасности; ответственность производителя за качество товара (услуги) — ответственность перед потребителем. Эти юридические конструкции могут оказаться полезными для правового регулирования отношений с участием роботов как субъектов права.

В поиске гражданско-правовых форм, пригодных для правового регулирования коммуникации в цифровом пространстве, как мы постарались показать, полезно вспомнить и про те познавательные структуры, которые разрабатываются в научном направлении, известном как «право и экономика». Это учение помогает преодолеть избыточный формализм традиционно частного права, образно выражаясь, «проколоть» прочную оболочку, которая делает его автономным и обособленным от других социальных наук, и, прежде всего, от экономической теории.



Библиография

- Коммонс Дж. Р. Правовые основания капитализма. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2011. 414 с.
- Лейбниц Г.В. Сочинения в четырех томах. Т. 4. М.: Мысль, 1989. 554 с.
- Пятков Д.В. Физическое лицо человека // Цивилист. 2012. № 1. С. 33–37.
- Спекторский Е.В. Юриспруденция и философия // Юридический вестник. 1913. Кн. 2. С. 60–92.
- Спекторский Е.В. Эдгар Вейгель — забытый рационалист XVII века. Варшава: Типография Варшавского учебного округа, 1909. 69 с.
- Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М.: Мамонтов, 1917. 227 с.
- Chopra S., White L. A legal theory for autonomous artificial agents. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2011. 252 p.
- Dewey J. The Historic Background of Corporate Legal Personality // Yale Law Journal. 1926. N 35. P. 655–673.
- Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn. A Visa et al (eds.). Deventer: Springer, 2017. 158 p.
- Posner R. Animal Rights: Legal, Philosophical, and Pragmatic Perspectives / Animal rights: current debates and new directions / edited by .C. Sunstein (ed.). New York: Oxford University Press, 2004. P. 51–66.
- Posner R. Legal Pragmatism Defended // University of Chicago Law Review. 2004. Vol. 71. P. 683–690.

Rouland N. Les fondements anthropologiques des droits de l'Homme // Revue générale de droit. 1994. N 25. P. 5–47.

Smith B. Legal personality // Yale Law Journal. 1928. N 3. P. 283–299.

Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. 6. Aufl. Frankfurt a. M., 1887. Verlag: Rütten & Loening, Frankfurt a. M., 1887. 936 S.

Wu T.-M. Lost in translation: the verbal change from persona to person // Comparative Legilinguistics. 2/2010. P. 141–151.

Could Robot be a Legal Subject? (In Search of Legal Forms for Digital Economy Regulation)



Gadis A. Gadzhiev

Tenured Professor, Judge, Constitutional Court of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 1 Senatskaya Square, Saint Petersburg, 190000, Russian Federation, E-mail: gadg@ksrf.ru



Elena A. Voinikanis

Associate Professor, Leading Research Fellow, HSE-Skolkovo Institute for Law and Development, Doctor of Juridical Sciences. Address: 28/11, Shabolovka Str., Moscow, 119049, Russian Federation. E-mail: evoinikanis@hse.ru



Abstract

In the digital age the development of robotics using artificial intelligence has reached a new scale and raises both socio-economic and legal problems. Of particular relevance in this context is the problem of the legal personality of robots, which are able to perform independent actions and to adapt to the environment. The resolution of the European Parliament on Civil Law Rules on Robotics (2017) shows that the problem has not only scientific, but also practical or applied significance. In legal science, the interpretation of the concept of a person differs depending on legal understanding. According to a “narrowly realistic” understanding of the law a robot cannot be recognized as a legal subject. On the contrary, according to the approach to the legal world as a special and self-sufficient reality, the question of the legal personality of the robot is pragmatic. The article analyzes the history of the formation of the legal concept of a person and its role in the legal concept of the world. For Roman jurists, the concept of a person (persona) meant, in the first place, a “mask”, i.e. this or that social function of a person. For them the meaning of the legal concept of a person was never identical to the meaning of the concept of the human personality. On the contrary, for European law, which was strongly influenced by philosophical ideas, the problem of confusing the concepts of the person and the human personality is quite characteristic. The authors of the article come to the conclusion that uncritical perception of non-legal ideas and theories can become an obstacle to the development of law. The law can play an active role in the development of the economy and society as a whole only by preserving its identity. Thus, the question of the legal personality of robots should be decided on the basis of a comprehensive analysis of the possible (economic and social) costs and benefits. Recognition of a robot as a legal entity is connected, first of all, with the need for more efficient allocation of responsibility. At the same time, the distribution of responsibilities is aimed at solving

not only the economic, but also the legal problem, that of balancing the interests and adapting the law to social reality. The flexibility and elasticity of civil-law concepts leads to the conclusion that the choice of a specific model of legal personality and distribution of responsibilities will depend on current needs and practices.



Keywords

legal subject; personality; legal reality; robot; legal pragmatism; law and economics.

Citation: Gadjiev G.A., Voinikanis E.A. (2018) Could be a Robot a Subject of Law (in Search of Legal Forms for a Digital Economy)? *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 24–48 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.24.48



References

Commons J. (2011) *Pravovye osnovaniya kapitalizma* [Legal fundamentals of capitalism]. Moscow: HSE House, 414 p. (in Russian)

Chopra S., White L. (2011) *A legal theory for autonomous artificial agents*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 252 p.

Dewey J. (1926) The Historic Background of Corporate Legal Personality. *Yale Law Journal*, no 35, pp. 655–673.

Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn (2017) K. Visa et al. (eds.). Deventer: Springer, 158 p.

Leibniz G. (1989) *Sochineniya v chetyrekh tomakh*. Tom 4 [Works in 4 vols. Vol. 4]. Moscow: Mysl', 554 p. (in Russian)

Posner R. (2004) Animal Rights: Legal, Philosophical, and Pragmatic Perspectives. *Animal rights: current debates and new directions*. New York: Oxford University Press, pp. 51–66.

Posner R. (2004) Legal Pragmatism Defended. *University of Chicago Law Review*, vol. 71, pp. 683–690.

Pyatkov D.V. (2012) *Fizicheskoe litso cheloveka* [Physical face of a human person]. *Tsivilist*, no 1, pp. 33–37.

Rouland N. (1994) Les fondements anthropologiques des droits de l'Homme. *Revue générale de droit*, no 25, pp. 5–47.

Smith B. (1928) Legal personality. *Yale Law Journal*, no 3, pp. 283–299.

Spektorskiy E.V. (1913) *Yurisprudentsiya i filosofiya* [Jurisprudence and philosophy]. *Yuridicheskiy vestnik*, pp. 60–92.

Spektorskiy E.V. (1909) *Edgar Veygel' — zabytyy ratsionalist XVII veka* [Edgar Weigel. Forgotten rationalist of 17th century]. Warsaw: Tipografiya Varshavskogo uchebnogo okruga, 69 p. (in Russian)

Trubetskoy E.N. (1917) *Lektsii po entsiklopedii prava* [Lectures on the encyclopedia of law]. Moscow: Mamontov, 227 p. (in Russian)

Windscheid B. (1887) *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt: Rütten & Loening, 936 S.

Wu T.-M. (2010) Lost in translation: the verbal change from persona to person. *Comparative Legal Linguistics*, no 2, pp. 141–151.

Soft Law Concept in a Globalized World: Issues and Prospects



Alexander Demin

Professor, Commercial, Business and Financial Law, Law Institute, Siberian Federal University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 6 Maerchaka Street, Krasnoyarsk 660075, Russia. E-mail: demin2002@mail.ru.



Abstract

The article is devoted to the soft law concept and its evolution in the modern world. Soft law reduces the degree of uncertainty in the law and at times is the only alternative to abandoning any regulation of people's interactions. It is pointed out that the norms addressed to particular agents may have different degrees of being mandatory. If we depict the whole system of rules as a continuum and place each rule along it according to how binding it is, then soft law would be placed in the "grey zone" between law and non-law. It is not yet the law, but it is not merely politics, morality, traditions and the like. It is something intermediate between the two. Soft law instruments create uniform "rules of the game" for actors in cross-border relations. The purpose of the soft law concept is to decrease the "zones of uncertainty" in the law. Because of this, soft law, whether it is employed in global law-making systems or not, may be viewed as a source of effective instruments that *decrease the level of uncertainty* within systems of law. At the same time, the alternative to soft law is not hard law but the *absence* of any purposeful regulation at all. It is my considered opinion that in the prevailing condition of fragmentation in the official sources of international law, where common approaches are not supported by universal acts and are more typically regulated by bilateral agreements, soft law can offer all interested parties steady, uniform guidelines arrived at through compromise for law-abiding and mutually beneficial behaviour, thus increasing the stability and certainty of cross-border interactions.



Keywords

soft law; hard law; lawlessness; source of law; soft law instruments; uncertainty.

Citation: Demin A.V. (2018) Soft Law Concept in Globalized World: Issues and Prospects. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 49–73 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.49.73

Introduction

The longstanding discussion of soft law is today experiencing a rebirth. The very concept of soft law is rejected by its opponents, but its proponents adduce much

support for it¹. The enflamed rhetoric of the debate reaches Shakespearean proportions. The actual existence of soft law is frequently subjected to scepticism and suspicion. However, much good comes from these discussions as they bear on our examination of the dichotomy between the legal and the non-legal and add new colours to the palette by introducing into legal discourse the category of regulatory instruments which have no *official normativity* but nevertheless have real, and frequently legally relevant influence on behaviour.

Although the problem of soft law has been a topic of debate for many years, Russian legal studies have fallen far behind their Western counterparts in taking up the issue. The long-standing dominance of *legal positivism* in Russia makes the situation more difficult. Generations of modern Russian lawyers grew up trained to repudiate any theory of law except legal positivism. Moreover, examining academic theories other than positivism, even without advocating them, was seen until quite recently as a crime against the government. Russian jurisprudence is one of the academic studies has suffered most from the entrenched authority of positivism. However, the soft law concept is a powerful and blatant challenge to legal positivism because the two doctrines are so obviously incompatible.

What precisely *is* soft law? Are there any objective facts that prove its existence in the regulation of human relations? What is the relationship between hard and soft law? What is the regulatory potential of soft law instruments? What are the prospects for further use of soft law instruments in the cross-border and domestic legal systems? Does soft law constitute a threat to the stability, certainty and uniformity of the international and domestic order, or is it an effective regulator of social interactions?

In section two of this article, I look at the reasons for the emergence of the soft law concept in the literature on international law. In section three, I analyse the conceptual foundations of the debate between the binary approach versus relative normativity. I note that in Russian legal theorists have recently entertained the idea of moving away from legal positivism toward acceptance of non-positive legal theories and approaches, and this shift has been steadily gaining acceptance in Russia. In section four, I articulate an original definition of soft law. Systems of

¹ Anna Robilant has made a detailed classification of opponents and supporters of soft law. She notes “positions in the hard v. soft controversy are highly varied and nuanced”. Robilant relates to the soft law party both the “enthusiasts” of soft law and the advocates of “hybridity” while the hard law camp comprises the “sceptics” as well as the “detractors” of softness. According to “enthusiasts”, soft law is valuable for its flexibility, its organic responsiveness to social goals and its pluralistic thrust; they are confident that “soft law can be a powerful tool for social reform, bringing about legal change more effectively than traditional hard legislation”. Proponents of hybridity call for combining hard law and soft law processes. The sceptics denounce “soft law’s futile, unrealistic and, at times, perverse nature”; they emphasize the impossibility of enforcing soft legal instruments. The detractors of soft law unrelentingly denounce its “obfuscating and distorting effects”; they argue that “soft rhetoric masks hard practices” (Robilant A. Genealogies of Soft Law // American Journal of Comparative Law, 2006, no 3, pp. 504–511).

soft law encompass many different kinds of documents. Therefore, any academic discussion of this topic must start from an understanding of the limits of soft law (i.e., its scope). In that section I also differentiate between soft law and hard law. In section five, I argue that drawing on the concept of soft law at the level of international legal systems allows us to extend legal discourse by including various (and sometimes extremely diverse) documents that are not related to the formal sources of law and have no legally binding force but that directly or otherwise become a resource for complex multi-level regulation of behaviour. In section six, I look at the functional and regulatory potential of soft law, which can be used both as a supplement and as an alternative to hard law. Soft law can function as an auxiliary source for the interpretation of legal norms, as a means for developing legal norms, and as evidence for the existence of *opinio juris*. In the conclusion I affirm that soft law is a very effective tool for regulating cross-border transactions. Soft law reduces the degree of legal uncertainty and at times is the only alternative to abandoning any regulation of people's interactions.

I. Place and Time: Why is it Relevant Today and at this Point?

The first question before us concerns the timing of the emergence of the soft law debate. Why did the potential of traditional sources of law to adequately regulate international relations prove insufficient by the mid-twentieth century? I believe there are several reasons, and they are multi-level. The primary reason is that the classical system of international law had ceased to respond to new needs in the context of globalization, and that the radical complexity and intensification of contemporary international relations provided the necessary prerequisites for the triumphal appearance of soft law².

One can easily see how the emergence of soft law has been facilitated by *post-modernism* and *globalization* as diversity of ideas, increasingly blurred boundaries between sustained structures, and legal pluralism all take on a new life. International law, as both a doctrine and a regulatory system, was forced to respond to new challenges and was subsequently transformed by the quantitative and qualitative evolution of cross-border interactions³.

² See Peters A. *Soft Law as a New Mode of Governance / The Dynamics of Change in EU Governance*. Diedrichs U. et al. (eds.) Cheltenham: Edward Elgar, 2011, p. 31 (Anne Peters identifies as an important factor for invoking soft law “the increasing complexity of global problems and scientific uncertainty about causalities. This complexity makes it more difficult to build a consensus of member states. Effective legal responses are often not clearly identifiable, while at the same time civil society demands that something must be done.”).

³ See Ellis J. *Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law // Leiden Journal of International Law*, 2012, no 2, pp. 313-334 (Soft law is often seen as a means to address certain acknowl-

Thus, one important reason why there is now so much interest in soft law is that the subjects of international legal relations are dissatisfied with the conservative orientation of the treaties and customs which are the traditional sources of international law. The procedures for establishing these two sources are quite difficult, formalized and cumbersome. In addition, official sources of law typically do not have the flexibility and operational adaptability to mount a prompt and adequate response to changing circumstances.

It is not unusual for a government (for various reasons) to prefer working with legally binding obligations which carry with them restrictions on sovereignty and which can bring about formal sanctions if obligations are not fulfilled. States wedded to using traditional regulatory procedures therefore encounter increasing difficulty in finding rapid and adequate solutions for urgent international problems. Of course, one cannot argue that treaties and customs have completely exhausted their regulatory potential. It would be more correct to say that today they are not able to provide *comprehensive coverage* for the whole range of diverse international interactions that need to be regulated.

In such circumstances, soft law provides an alternative way to fill in gaps in the law when there is a clear and urgent need for regulation of a particular situation but a total absence of applicable legal norms. Soft laws do not impose difficult procedures for their adoption, ratification, extension, etc. Moreover, they are better suited to the variations and complexity of cross-border relations, and that is why they are relied upon in practice more often than more elaborate traditional procedures⁴.

Another reason for the increasing acceptance of the soft law concept is the growing involvement of non-state actors in cross-border cooperation, and this in turn is accompanied by decentralized and informal regulatory processes. This has led to coinage of a new term in legal discourse: “privatization of legal regimes”⁵.

edged weaknesses of the international legal system, namely: “the limited effect of many legal norms on state behaviour and the relative paucity of sanctions for violations, the democratic deficit, the slowness and reluctance with which international legal institutions respond to grave problems in international society, and the woeful inadequacy of many of those responses.”)

⁴ See *Meyer T.* Soft Law as Delegation // *Fordham International Law Journal*, 2008, no 3, p. 897 (arguing that “the flexibility created by soft law is unique, because it allows legal rules to evolve more easily in response to political realities and the changed (changing) circumstances”); *Pergantis V.* Soft Law, Diplomatic Assurances and the Instrumentalisation of normativity: Wither A Liberal Promise // *Netherlands International Law Review*, 2009, no 2, p. 143 (suggesting that soft law can better follow the pace of technological advancement and enhance cooperation because of its plasticity and its ability to reflect the diversity of the international legal order).

⁵ See, e.g., *Robilant A.* Op. cit. p. 500; *Zerilli F.* The Rule of Soft Law: an Introduction // *Focaal — Journal of Global and Historical Anthropology*, 2010, no 56, p. 8; *Büthe T., Mattli W.* The New Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy. Princeton: Princeton University Press, 2011, 320 p.

Many theorists and practitioners have noted the effective involvement of non-state actors in law-making processes⁶. However, international law is addressed to states alone and rejects such non-state actors as individuals, transnational corporations, non-commercial corporations and others as suitable immediate addressees of international legal norms. Soft law instruments in this context have a significant advantage as they can be addressed to non-state actors. Thus, soft law is an important channel for the involvement of individuals in regulatory processes⁷.

For example, it is difficult to ensure by means of hard law that the corporate practices of multinational companies are compatible with sustaining human rights because numerous mechanisms for implementing international law into national legal systems would have to be created and adapted to (or more likely defended against) lobbying from businesses as well as from governments⁸. Soft law instruments do not at all share this disadvantage⁹.

For instance, the Secretary-General Special Representative of the United Nations for Business and Human Rights chose to implement the UN “Protect, Respect, Remedy” Framework not by means of a unified convention but instead by proclaiming a soft law instrument — the Guiding Principles on Business and Human Rights, which was approved by the United Nations Human Rights Council in June 2011. The informal character of that soft law instrument had the advantage

⁶ See *Abbott K., Snidal D.* Hard and Soft Law in International Governance // *International Organization*, 2000, no 3, p. 423 (recognizing that non-state groups operating at both the domestic and international levels are increasingly key actors in the development of international legalization, and of soft law in particular).

⁷ See *Shaffer G., Pollack M.* How Hard and Soft Law Interact in International Regulatory Governance: Alternatives, Complements and Antagonists // *Inaugural Conference, Geneva, July 15-17, 2008*. Online Proceedings Working Paper No. 45/08, p. 9. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1156867> (accessed: 14.02.2018) (“The very emergence of the soft law concept reflects the multiplication of producers of international law in this context, including not only foreign ministries, but also sector-specific transgovernmental networks, supranational bureaucracies, multinational corporations and business associations, and international non-governmental organizations. These groups generally do not have the authority to create binding international law in a traditional sense, which is reserved to states, yet they use non-binding instruments to advance their policy goals, instruments which may be subsequently transformed into binding hard law, at either the national or international levels.”).

⁸ According to Justine Nolan, the traditional understanding of human rights by international law makes them binding for states only insofar as they are subjects of international law: “This focus on States as the bearers of human rights responsibilities has meant that some corporations, in particular, transnational corporations (TNCs) have been able to operate largely in a legal vacuum, devoid of obligations at the international level.” See *Nolan J.* The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law? Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to Respect? *Deva S., Bilchitz D.* (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 10-11. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2338356> (accessed: 14.02.2018).

⁹ Among the most prominent international instruments addressed to non-state actors can be called the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 1998, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 1976, the Global Compact, etc.

of involving a wider range of participants in the development and implementation of the necessary strategies. Such tasks as involving businesses in solving ecological problems and respecting human rights are also typically managed with the help of corporate codes of conduct and other documents of that kind.

II. Soft Law and the “Grey Zone”: between Law and Non-law

1. Binary View vs Relative Normativity

The external boundaries of the law are not clear; they are mobile and diffuse. Hence the question arises of what belongs to the “grey zone” located at the boundary between law understood as a system of legally binding norms and principles and other non-binding rules (such as morality, politics, traditions, etiquette, etc.) for which compliance is not legally mandatory?¹⁰

According to Jean de Aspermont, the general idea of “softness” rests on the presupposition that the binary nature of law is ill-suited to accommodate the growing complexity of contemporary international relations, and that contemporary normative instruments are needed to regulate the multi-dimensional problems of the modern world¹¹. From this viewpoint the emergence of the concept soft law is evidence of a crisis in legal theory caused by using out-of-date techniques that are no longer able to explain and forecast any new phenomena in law-making and legal practices.

The opponents of soft law adhere to a *binary approach* which is founded on strict differentiation between legal and non-legal regulation and which does not acknowledge any “interpenetration” between the two. Normativity, i.e. the quality of being legally binding, cannot have any degree and cannot be less or more for any regulation; any prescription can be either legally binding or not — *tertium non datur*. The flippant formulation “there’s no such thing as being a little bit pregnant” shows the essence of this approach. “In other words there was a tendency to view soft international law in its relationship to treaty and customary international law as binary concepts, polar opposites, or even a bifurcation of one another”¹². If that

¹⁰ See Shelton D. International Law and “Relative Normativity” / International Law. Evans M. (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 180-181 (“In respect to ‘relative Normativity’ scholars debate whether binding instruments and Non-binding ones are strictly alternative or whether they are two ends on a continuum from legal obligation to complete freedom of action, making some such instruments more binding than others. If and how the term ‘soft law’ should be used depends in large part on whether one adopts the binary or continuum view of international law”).

¹¹ d’Aspremont J. Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials // European Journal of International Law, 2008, no 5, p. 1076.

¹² Footer M. The (Re)Turn to “Soft Law” in Reconciling the Antinomies in WTO Law // Melbourne Journal of International Law, 2010, no 2, p. 244.

is so, there is no need to create or discover any interim forms between law and non-law. Therefore, the idea of soft law has been regarded as not only erroneous but also extremely detrimental because it undermines the very idea of legality along with the predictability and certainty of the legal order¹³.

The supporters of soft law subscribe to a *theory of relative normativity* (or graduated normativity, diverse normativity), looking at “normativity” as relatively inconstant and recognizing that the obligatory nature of norms in a legal system may vary. Allison Christians suggests that the distinction between something that is or is not hard law may not be binary, but may present a spectrum or continuum based on theories about obligation and its attendant features¹⁴.

Law may have various legal effects and consequences: direct and indirect, stronger and weaker ones. Normativity is not solid and one-dimensional; on the contrary, it comes in many shades and degrees.

Demands addressed to members of the social environment may have to be mandatory to different degrees. That is, a norm may be more or less peremptory. Hence, “law can be harder or softer, and...there is a continuum between hard and soft (and possibly other qualities of the law)”¹⁵. A norm may be part of a complex and differentiated flexible system of rules which are each endowed with a different prescriptive intensity and a graduated, relative normativity. Thus, Christine Chinkin concludes, “categories of hard and soft law are not polarized but lie within a continuum that itself is constantly evolving”¹⁶.

The idea that soft law occupies an interim “layer” between legal and non-legal phenomena is quite prevalent among supporters of the continuum approach¹⁷. As Peters notes, a clear distinction between “law” and “non-law” is difficult to delineate because the “outward appearance of law is unclear and ‘soft law’ presents itself

¹³ French scientist Prosper Weil, one of the severe critics of “relative normativity”, suggested: “To succumb to the heady enticements of oversubtlety and loose thinking is to risk launching the normative system of international law on an inexorable drift towards the relative and the random. It is one thing for the sociologist to Note down and allow for the infinite gradations of social phenomena. It is quite another thing for his example to be followed by the man of law, to whom a simplifying rigor is essential.” See *Weil P. Towards Relative Normativity in International Law? // American Journal of International Law*, 1983, no 3, pp. 440-441.

¹⁴ See *Christians A. Hard Law & Soft Law in International Taxation // Legal Studies Research Paper Series*. Paper No. 1049, May 2007, p. 7.

¹⁵ *Peters A., Pagotto I. Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective / NEWGOV: New Modes of Governance*, 2006, p. 8. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1668531> (accessed: 14.02.2018).

¹⁶ See *Chinkin C. Normative Development in the International Legal System / Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Shelton D. (ed.), Oxford: Berg, 2000, p. 32.

¹⁷ See, e.g., *Cini M. The Soft Law Approach: Commission Rule-making in the EU’s State Aid Regime // Journal of European Public Policy*, 2001, no 2, p. 194 (noting that it is generally accepted that soft law lies somewhere between general policy statements, on the one hand, and legislation, on the other).

somewhat in the shadow; *soft law is in the penumbra of law* because it deploys specific legal effects apart from outright legal bindingness, and not merely political or otherwise factual effects (i.e. not being legally obliging, soft law carries legal consequences, and not merely political or otherwise factual effects)¹⁸. I believe that this is the most promising approach to soft law.

2. The Continuum View in Russian Legal Theory

The tradition in Russian law-making of classifying legal norms according to different levels of obligation may not be widely acknowledged but is nevertheless quite widespread. Along these lines, Prof Gennady Maltsev identifies in the legal system norms of high, medium and low imperative force related to recommended (non-binding) rules. The recipient (or addressee) has the option of accepting the recommendation or rejecting it,¹⁹ although the legislator endorses the recommended behaviour and wants the recipient legal entity to choose to follow it. This is a motivating, authoritative, or imperative effect of the recommended norm²⁰. For regulating broad areas of social activity, such as markets, there should be a combination of rigidly binding rules, some default (or discretionary) rules, and recommended (non-binding) rules²¹.

In Russian theory of law the rules of behaviour prescribed by the norms of international law have been usually understood as a legal obligation acknowledged by governments and other actors constrained by international law. The concept of so-called non-binding norms²² has usually been and still remains quite prevalent. A non-binding norm is a rule whose application in practice is recommended but is not obligatory. However, its implementation (when it is in fact carried out) entails adherence to specific obligations (or responsibilities) and also engenders obligatory legal relations between the subjects of the law. This method of providing recommendations in law is used when it is impossible or pointless to establish norms in the form of legal prescriptions pertaining to the varieties of behaviour that a participant in legal relations may choose. At the same time, the participant who adopts a compliant position has some freedom in choosing among varieties

¹⁸ See *Peters A.* Op. cit. p. 23.

¹⁹ See *Maltsev G.V.* *Socialnye osnovaniya prava* [Social Foundations of Law]. Moscow: Jurist, 2007, p. 582.

²⁰ *Ibid.* P. 588.

²¹ *Ibid.* P. 589.

²² The legal scholars who acknowledge recommendations as specific elements of the law-governance system are well-known Russian scholars: M.I. Baitin, G.M. Velyaminov, V.M. Gorshenev, V.H. Kartashov, A.P. Korenev, V.L. Kulapov, G.V. Maltsev, V.S. Osnovin, A.F. Cherdantsev, etc.

of behaviour, while a model of more acceptable, effective and rational behaviour (from the point of view of the law-maker) is indicated.

A doctrinal foundation for the debate on the role of soft law instruments in the system of social regulation could be created by explicitly developing the method of “carrots and sticks” in Russian legal theory, by arguing that the respect for norms is grounded in the interest their addressees have in them, and by multiplying sources of law closely connected with the participation of private individuals in the processes of creating law²³.

The binary theory of law is criticized for being too schematic and simplified. The extension of law is always blurred, and it is difficult to draw a distinct line between “law” and “non-law” unless we accept an extreme form of legal positivism. In the “gray zone” between “law” and “non-law” we are often faced with *quasi-legal phenomena* that, although they are *de facto* and not *de jure*, nevertheless have important implications for the law. This implies that there is a sliding soft-hard continuum of normativity in the law and in all rules of conduct.

Moreover, a binary approach is ill-suited as a response to the growing complexity and variety of activities requiring legal regulation.

The Universal Declaration of Human Rights approved in 1948 by the UN General Assembly serves as a vivid illustration of this. The Declaration’s original status did not go beyond UN-authorized recommendations that lacked any legal protection and in practice were constantly breached by states as there was no threat of sanctions. This meant that even those subject to international law did not take the provisions of the Declaration seriously. Prof. Hersch Lauterpacht aptly noted that states agreed to the terms of the Universal Declaration only because they would not be bound by them²⁴. However, that situation has changed completely. The legal communities of both separate countries and the whole world now regard the Unified Declaration as a legally binding document that is subject to strict observance and implementation. Gross violations of its human rights provisions can bring about an immediate moral and political reaction as well as imposition of sanctions on the country in violation of them. This illustrates an actual transformation of the “non-legal” into the “legal”. That change can be easily traced through the evolution of the Russian Federation’s legal system from that of the USSR. Is it possible to identify a moment before which the provisions of the Declaration had been mere recommendations and after which they turned into binding criteria for all Russian courts (and thus for all the other actors too) used in justifying and legitimizing laws and regulations? When exactly did this transformation take place? Obviously,

²³ In this context, it may be worth mentioning the concept of *nudges* as developed in debates on social regulation in the USA (See, e.g., *Sunstein C. Nudging: A Very Short Guide // Journal of Consumer Policy*, 2014, no 4, pp. 583-588).

²⁴ See *Lauterpacht H. International Law and Human Rights*. London: Stevens, 1950, pp. 397–398.

such an exact “boundary” does not exist. The norms of the Declaration existed in the “gray zone” between “law” and “non-law” for a certain span of time as they necessarily reflected all the historical upheavals of the Cold War, the rejection of totalitarianism, and the formation of a constitutional state in Russia.

Thus, the universal regulatory system may be graphically depicted as a continuum of norms with different degrees of obligation from those strictly imposed and backed by sanctions (at one extreme the continuum) to those that are recommendations merely encouraged by conviction and advocacy (at the other extreme). As we noted earlier, an approach acknowledging the usefulness of *recommended norms* is gaining more and more proponents in Russian legal theory. The aggregate of these kinds of recommended norms is the basis for soft law, but it is not limited to them.

III. What is Soft Law?

1. The Reasoning behind Soft Law

The principal question of how to define soft law as an independent kind of regulation which has come about because of the interaction of legal and non-legal phenomena is still open to discussion in the literature on international law. Academics and politicians use the term “softness” to characterize such varied phenomena as law, governance, control, coercion, arbitration, corporate activity, etc. The historical roots of soft law are found in either the widely accepted trade customs of the Middle Ages (that is, *Lex Mercatoria*), or in the theories of social law and legal pluralism that were popular in the late 19th and early 20th century²⁵.

As an analysis of the academic literature shows, there is no accepted definition of the term “soft law”²⁶. The response of legal theory to the emergence of soft law has been to offer a large variety of opinions²⁷. Conceptual views and approaches

²⁵ See *Robilant A. Op. cit.* P. 499–501.

²⁶ Waliul Hasanat emphasizes that “although the [soft law] concept is fairly well established, when it comes to definition there is ambiguity”. See *Hasanat W. Definitional Constraints Regarding Soft Law // AALCO Quarterly Bulletin.* 2007. 1&2. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2321552> (accessed: 14.02.2018)

²⁷ According to Jay Ellis, soft law can be roughly divided into three categories, namely: (1) binding legal norms that are vague and open-ended and therefore (arguably) neither justiciable nor enforceable; (2) non-binding norms, such as political or moral obligations, adopted by states; and (3) norms promulgated by non-state actors. Authors do not necessarily restrict their definitions of soft law to one or another of these categories. The boundaries of the category may be drawn so as to include all three types of norm (A. Boyle); only norms, whether legally binding or not, promulgated by states (C. Chinkin, R. Baxter, R. Dupuy, D. Thürer); non-binding norms promulgated by states (H. Hillgenberg, I. Seidl — Hohenveldern, J. Carlson, Ch. Inglese, J. Klabbers); non-legally binding norms, regardless of authorship (G. Abi-Saab, I. Duplessis, J. Kirton, M. Trebilcock, M. Footer); or vague and general norms contained in international legal instruments (J. D’Aspremont, W. Heusel), to mention the most prominent examples. “The various definitions are generated by a series of criteria, sometimes used alone and sometimes in

from different authors and the academic schools vary²⁸. One can safely assume that each commentator has their own image of soft law. “Soft law means different things to different people”²⁹. There are heated discussions about even such an allegedly simple semantical question as whether the term “soft law” should appear in quotation marks or not.

There is no point in denying the criticism that the concept of soft law is amorphous and ambiguous because it does not reflect the actual state of affairs. That state can be partly explained by the relative newness of the soft law concept; processes typical in framing a concept such as accumulation of examples, generalization from them, and comprehension of practical and theoretical ramifications have only just begun. The soft law concept is criticized because a clear and precise definition of its scope has not yet been formed. However, such opinions seem to overreach³⁰. It is tempting to ask whether distinct and acknowledged limits regarding the concepts of law, morality and traditions have been formed. Of course, they have not, and yet these phenomena have been subjects of theoretical study for centuries.

In the literature on international law, soft law has one relatively clear definition as an aggregate of stances (provisions, positions, principles) which are included in documents that are not formally binding sources of international law in the sense of Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice of the UN. These are stances which do not have obligatory legal force, but which can nevertheless have certain (indirect) legal consequences and also are aimed at imposing such consequences and do in fact lead to them³¹. In this way, soft law extends to (or cov-

combination with others. The criteria are ‘normativity’ (or justiciability), enforceability, precision, and formal legal status.” (*Ellis J. Op. cit.* P. 3–4).

²⁸ For a detailed overview of the various estimates of soft law see: *Goldmann M.* We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law // *Leiden Journal of International Law*, 2012, no 2, pp. 2–29.

²⁹ *Weeks G.* The Use of Soft Law by Australian Public Authorities: Issues and Remedies // *UNSW Law Research Paper No. 2012-42*, September 13, 2012, p. 2. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2148123> (accessed: 14.02.2018).

³⁰ Hungarian scientist Laszlo Blutman is most keen in the assessment of soft law: “Indeed, as a generic term, there is an argument that ‘soft law’ conceals as much as it reveals, making it at best unhelpful and at worst a misleading simplification. ... Almost every commentator dealing with soft law stumbles against the fact that an exact and meaningful definition of soft law borders on the impossible. ... So, we have a term that denotes something vague, by which every author means different things, or even worse, does not mean any defined phenomenon leaving the term in its undetailed generality in common legal discourse.” (*Blutman L.* In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law // *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, no 3, pp. 610-611).

³¹ See, e.g., *Senden L.* *Soft Law in European Community Law*. Oxford, 2004, p. 112. Francis Snyder had formulated the classic definition: “Soft law — rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects”. See *Snyder F.* *Soft Law and Institutional Practice in the European Community / The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noël*. Martin S. (ed.). Dordrecht: Kluwer, 1994, p. 198.

ers) the aggregate of rules which do not have a legally obligatory character, are not backed by sanctions, and are adhered to voluntarily as being in the interests of the actors in international law in forming and supporting a stable cross-border lawful order that is founded on mutual consensus and compromise. The wide acceptance and application of soft law in international practice and also in the practice of domestic courts and other regulatory agencies (or organs) which have adopted soft law positions (founded on a common interpretation of the rules of international treaties supported by the Vienna Convention of 1969) gives these positions or recommendations a *de facto* obligatory character³².

In Kenneth Abbott and Duncan Snidal's interpretation, the term "hard law" refers to three dimensions: legally binding obligations; rules and obligations with a high degree of precision; and delegation to a third-party decision-maker, such as a dispute settlement body. "The realm of 'soft law' begins once legal arrangements are weakened along one or more of the dimensions of obligation, precision, and delegation. This softening can occur in varying degrees along each dimension and in different combinations across dimensions"³³.

Anne Peters and Isabella Pagotto argue that "the term soft law characterizes texts which are *on the one hand not legally binding in an ordinary sense, but are on the other hand not completely devoid of legal effects either*. ...soft law has the legal significance to *protect legitimate expectations* and to bind actors on the basis of the principle of good faith"³⁴. Michael Bonell defines "soft law" as "referring in general to instruments of normative nature with no legally binding force and which are applied only through voluntary acceptance"³⁵. According to Anna Robilant, the formula "soft law" labels those regulatory instruments and mechanisms of governance that, while implying some kind of normative commitment, do not rely on binding rules or on a regime of formal sanctions³⁶. Andrew Guzman and Timothy Meyer define soft law as "nonbinding rules or instruments that interpret or inform our understanding of binding legal rules or represent promises that in turn create expectations about future conduct"³⁷. Dinah Shelton believes that soft law gener-

³² See Gribnau H. *Soft Law and Taxation: EU and International Aspects // Legisprudence*, 2008, no 2, p. 95. (Dutch scholar H. Gribnau highlights the three core elements of soft tax law. Firstly, the concept refers to "rules of conduct" or "commitments". The second element is that these rules or commitments are laid down in instruments have no legally binding force (they are not directly enforceable) as such. Although soft law lacks the possibility for legal sanctions, it may nevertheless produce indirect legal effects. Thirdly, rules of soft law aim at, and may lead to, some practical effect or impact on behaviour).

³³ Abbott K., Snidal D. *Op. cit.* P. 421, 422.

³⁴ Peters A., Pagotto I. *Op. cit.* P. 4, 24.

³⁵ Bonell M. *Soft Law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles // Loyola Law Review*, 2005, no 1, p. 229.

³⁶ Robilant A. *Op. cit.* p. 499.

³⁷ Guzman A., Meyer T. *International Soft Law // The Journal of Legal Analysis*, 2011, no 1, p. 174.

ally includes an “international instrument other than a treaty that contains principles, norms, standards or other statements of expected behaviour”³⁸.

Most soft law proponents underline that soft law is capable of producing considerable practical or even legal effects. Such consequences might in due course make soft law instruments the foundation for formulation of legally binding norms, or to serve as a means for their interpretation, or to manage social interactions directly. In the latter case soft law instruments are used either as a complement or as an alternative to hard law (e.g., for filling gaps). Of course, they may arouse reasonable expectations of behaviour conforming to soft law norms. Sometimes soft law instruments have a certain judicial effectiveness, that is, they are applied by the courts to formulate arguments and to justify judgements.

If the positions presented in the literature on international law are dissected and generalized, then soft law might be defined as a set of formalized theses (norms, rules, principles, criteria, standards) that have no legally binding force, are not backed with official sanctions but are followed voluntarily due to the authority of their creators, the involvement of the addressees, and mild peer pressure applied to potential (and actual) violators by an affected group (or community).

2. Soft Law vs Hard Law: Similarities and Differences

Hard law and soft law are not isolated from each other but have much in common and interact in many ways. They have inevitably coexisted through the years and should therefore be regarded as kindred, interrelated and complementary to each other. To begin with, they both act as a tool for social engineering, as they regulate human behaviour intentionally but not spontaneously. In both cases there is the formation and objectification of either multilateral or unilateral desiderata of the participants in rule-making. Moreover, hard law and soft law rules are functionally equivalent as they permit reaching similar or even identical goals using quite similar methods. In this context it is often said that soft law looks like hard law and basically functions like hard law³⁹.

Soft law instruments, like the sources of any hard law, are drafted and passed by authoritative centres⁴⁰ within a framework of institutionalized procedures. Soft law rules have both authoritative interpreters and mechanisms for monitoring their

³⁸ *Shelton D.* Normative Hierarchy in International Law // *American Journal of International Law*, 2006, no 2, p. 319.

³⁹ See, e.g., *Goldmann M.* Op. cit. p. 2, 11.

⁴⁰ Various structures might act as these authoritative centres. Eric Posner notes that the central authority — the government — does not create, interpret, and enforce soft law rules. See *Posner E.* Soft Law in Domestic and International Settings. Available at: <http://www.j.u-tokyo.ac.jp/coelaw/download> (accessed: 14.02.2018). This statement is only partly true. Soft law rules may emanate from government but not always. That is, the government is not the *exclusive* soft lawmaker.

implementation. Soft law rules are identical to legal rules in terms of their logical structure and textual presentation; as demands for specific behaviour, both are stated prescriptively and not descriptively. It would be quite difficult or even impossible for someone examining a particular soft law prescription without knowing its source or context to determine whether it is a legally binding law or a soft law norm.

Hard law and soft law then have the following features in common: 1) a set of rules aimed at regulating people's behaviour; 2) authorized actors using agreed-upon procedures to elucidate, alter and repeal those rules; 3) publication of the rules allowing for transparency so that the rules may be studied and be well-known to the appropriate agents; 4) enforcement and control of the observance of the rules by an authorized centre; 5) purposeful changes and adaptations in the rules to respond to changing realities. What then, distinguishes hard law and soft law?

A different range of criteria including linguistic and semantic features are useful in finding the differences between soft law and legal provisions. Perhaps the main criterion in this sort of differentiation is recognition or non-recognition of a document as a formal source of law endowed with legal force. It is generally agreed that use in a document of such terms as "shall", "agree", "undertake", "rights", "obligations", "enter into force" testifies to its status as legally binding, while the terms "should" and "commitment" are characteristic of soft law. Hard law terminology may sometimes be "softened" with such formulations as "to the extent appropriate", "as far as practicable", "as far as possible" and others⁴¹.

One more criterion hinges on the intention of the creators of a document to give it a binding or non-binding character at the moment when it is written. Thus an international agreement is hard law provided that the parties to it are also agreed upon its legally binding character. That binding character may be evident in the agreement's form, context and content. Employing a strictly formal approach to identifying the parties' intention regarding an agreement's binding character is absolutely unacceptable because the form of the sources of international law may be extremely varied. For this purpose it is necessary to dissect the text of the agreement, the circumstances of its creation, the positions of the official negotiating parties, preparatory materials and more.

Soft law instruments thus do not refer to sources of law, do not contain legally binding rules, are not backed by public sanctions, and are not enforceable. However, they have significant practical importance and may sometimes bring about definite legal consequences. Being widely acknowledged and employed in practice (primarily by courts), soft law instruments acquire their binding character *de facto*.

⁴¹ See *Hasanat W. Op. cit.* P. 14–15 ("If the States do not intend to create binding obligations, they use less imperative terms, e.g., 'will' instead of 'shall', and terms such as 'agree' or 'undertake' are generally avoided").

It is mainly the authority of the creators of a soft law instrument that brings about its acceptance as binding. This is especially so because, unlike hard law, soft law rules may emanate from non-state actors as well as from state actors.

Soft law does not derive any of its force or persuasiveness from the sovereignty of a state, from coercion by a state, or from the jurisdiction of a state. A distinctive characteristic of soft law is the absence of official sanctions. The essence of any soft law norm is that it cannot be enforced through state (or public) force. Therefore, it is impossible to bring charges against a wrongdoer or sue for damages under soft law. Any discrepancies and conflicts arising from the interpretation and implementation of soft law instruments are resolved not in a trial but by means of various mediation and conciliation procedures. The main purpose of such procedures is not to punish an offender or secure payment of damages but to settle the dispute. Thus, the manner of settlement indicates whether we are dealing with hard law or soft law⁴².

Obviously, soft law norms are in fact obeyed even though they are neither legally binding nor legally enforceable. However, it is wrong to suggest that they completely lack an enforcement mechanism and are absolutely without sanctions. The means of their enforcement include both positive and negative incentives. Moreover, the social pressure deployed to influence an offender can be quite considerable: nobody wants to be an outcast. The observance of soft law rules depends substantially on their relevance to the addressees' interests, the authority of the rule-makers, the quality of the texts, and the risks associated with non-compliance⁴³.

Even though soft law instruments can exert considerable force or bring about consequences, they are not directly connected with legitimate state coercion, i.e. they do not rely upon international or national law enforcement systems.

There is a widely known statement of Anthony D'Amato that "soft law may be thought of as a naked norm, whereas hard law is a norm clothed in a penalty"⁴⁴. On

⁴² This criterion is quite relevant to international law because international law lacks any universal system of centralized compulsion, and a majority of treaties regard various consultations and negotiations as the only possible way to resolve disputes. As is true for soft law norms, violating of many conventional international rules holds few negative consequences other than diplomatic protests or reputational losses. Guzman and Meyer emphasize: "Not only do states routinely make use of nonbinding soft law agreements, but even when they enter into hard law agreements international law provides quite limited enforcement." See *Guzman A., Meyer T. Op. cit.* P. 182. Some commentators have come to the startling conclusion that "there is no international hard law: all of it is soft". See *Posner E. Op. cit.* P. 9.

⁴³ According to Gabrielle Kaufmann-Kohler, soft law "security arrangements" include mainly such considerations as "a sense of respect for the authority of the 'soft lawmaker', social conformism, convenience, the search for predictability and certainty, the desire to belong to a group, and the fear of naming and shaming". See *Kaufmann-Kohler G. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity // Journal of International Dispute Settlement*, 2010, no. 2, pp. 284–285.

⁴⁴ *D'Amato A. Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Reply to Jean d'Aspremont // European Journal of International Law*. 2008, no. 3. p. 902.

the other hand, it is worth mentioning the thesis of H.L.A. Hart saying that “rules are conceived and spoken of as imposing obligations when the general demand for conformity is insistent and the social pressure brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is great”⁴⁵. And then Hart notes: “What is important is that the insistence on importance or seriousness of social pressure behind the rules is the primary factor determining whether they are thought of as giving rise to obligations”⁴⁶.

In summary, soft law is based on voluntary observance and non-judicial means of law enforcement. Why do actors comply with soft law? Various stimuli, such as common interests, expectation of positive or negative results (for instance, receiving financial help from a non-governmental organisation conditioned on following certain recommendations), the opportunity to influence a decision-making process, the threat of being excluded from participating in a profitable project, high reputational costs (such as blacklisting offenders and giving this information to general public using a “naming and shaming” technique) and the risk that hard-law documentation will be imposed in place of less burdensome undocumented self-regulation can all motivate various agents to comply with soft law norms.

3. Some Forms of International Soft Law

As a rule, the literature on international law relegates two types of instruments to the category of soft law⁴⁷. First, there are official sources of international law which do not direct any particular action either because their norms have too much aspirational (declarative or uncertain) content or because they require additional instruments to before they can come into effect (for example, model documents). Second, there are instruments which are not formally part of the sources of international law and do not stipulate legal obligations strengthened by sanctions, but that do have some sort of legal significance (sometimes quite material significance) and legal consequences. Let us assert that soft law should be limited to the *second group of instruments*. The level of abstraction (normative generalizations) of a legal norm depends on the position of the observer (and interpreter). One can draw a parallel with domestic law systems, which maintain norms with varied degrees of definiteness from highly abstract principles to quite detailed rules. At the same time it seems evident that merely the degree of generalization and specification in either of these situations is not an exhaustive criterion for determining that a given rule has the status of a legal norm. Therefore, when norms and model instruments

⁴⁵ Hart H.L.A. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford, 1997. P. 86–87.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ See, e.g., *Blutman L. Op. cit.* P. 606–607.

are quite clearly defined, they should be regarded as ordinary sources of law have a required degree of specificity.

The exact forms of soft law are not definitively described anywhere; they are situational and reflect only those questions that the parties involved are trying to settle. An extremely wide range of actors takes part in developing and enacting soft law instruments. Among them are, first of all, bilateral and multilateral agreements which impose legally non-obligatory political commitments. They can be promulgated by means of intergovernmental (or interdepartmental) agreements which do not require ratification or other similar provisions and also by “gentlemen’s agreements”, memoranda, communiqués, protocols of intent, declarations, acts concluded at summit conferences and so on. Second, there are non-obligatory (non-binding) decisions of international organisations and supranational bodies, including recommendations, adopted at international conferences. A third category includes declarative, advisory, informative and interpretive instruments of non-governmental organisations and also the decisions of international courts and tribunals⁴⁸.

Certain specific kinds of soft law include so-called “soft codification” acts⁴⁹ (e.g., the UNIDROIT principles for international commercial contracts of 2010, the York-Antwerp Rules of 2004, the rules of securities and commodities exchanges and of financial clearing organisations, some materials of the ICC, UNCITRAL, UNECE, etc.) and private self-regulation and co-regulation instruments that are issued primarily by transnational companies and trade and industry associations⁵⁰.

The list of international instruments that are soft law is quite varied. And the list is not closed; it is being constantly supplemented.

⁴⁸ By analogy with the common law used in the Anglo-Saxon tradition, Guzman and Meyer called this category of acts international common law or in abbreviated form ICL. See *Guzman A., Meyer T.* Op. cit. P. 221–222 (“Binding legal rules thus remain the benchmark by which legality and quasi-legality are measured, but binding instruments are not the exclusive tool for defining legal obligations... We refer to it as common law because, like judge-made law in domestic systems, it is made by entities other than legislatures or, in the case of international law, states entering into treaties. Because ICL is made by many actors in a decentralized way and because there is no formal process through which it is created, it is impossible to generate a closed list of relevant sources of ICL.... ICL refers to those obligations that emerge from institutions that are authorized to speak about legal rules but whose pronouncements are nonbinding with respect to future conduct. It is this category of soft law that most deeply underscores the analytic need for a category of quasi-legal rules.... But such a view is regularly belied by state conduct, which employs a range of nonbinding instruments that have legal consequences precisely because they shape state expectations.”).

⁴⁹ See, e.g., *Gabriel H.* The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: the Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference // *Brooklyn Journal of International Law*, 2009, no 3, pp. 655–672; *Kaufmann-Kohler G.* Op. cit. P. 283–299.

⁵⁰ See *Peters A.* Op. cit. P. 27.

IV. Functional and Regulatory Potential of Soft Law

The proponents of soft law make various arguments in its favour. They criticise the traditional sources of law as being too conservative to adapt to current circumstances, while states are reluctant to endorse hard law obligations that seem to curtail their sovereignty. They praise the potential of soft law to involve the widest range of subjects (including private actors) in the rule-making process and invoke the need to provide a foundation of broad criteria for the interpretation of legal norms and other similar advantages of soft law⁵¹. This argumentation works well both at the international level and at the level of national legal systems. On the other hand, soft law opponents argue that there is a wide range of disadvantages⁵².

Soft law serves a variety of functions and values. Waliul Hasanat emphasizes that “soft law is soft in nature, flexible in function and free from strict formalities”⁵³. Using criteria derived from function, one can distinguish some of the uses of soft law provisions. One function is that they fill the gaps in international legal regulation, proposing to actors in transnational relations the precise kinds of behaviour acceptable in the so-called “areas of uncertainty” where a norm of international law is unclear or missing. “It is evident that a soft law document is to be preferred to no document at all”⁵⁴. Of course, the soft law instruments and the actions employed in their implementation should not contradict the general norms and principles of international law.

⁵¹ David Trubek, Patrick Cottrell and Mark Nance summarized the advantages of soft law instruments offered in the literature on international law and identified situations in which soft law could be preferable to the traditional sources of law, namely: 1) lower “contracting” costs; 2) lower costs sovereignty; 3) coping with diversity; 4) flexibility that is particularly important in the rapidly changing and technology-driven environment characteristic of globalization; 5) simplicity and speed; 6) increased openness that allows more active participation of non-state actors, promotes transparency, enhances setting agendas, and facilitates the diffusion of knowledge; 7) incrementalism. See *Trubek D., Cottrell M., Nance M. “Soft Law”, “Hard Law”, and European Integration: Toward a Theory of Hybridity // University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1002, November 2005, pp. 11–12. Available at: <http://ssrn.com/abstract=855447> (accessed: 14.02.2018)*

⁵² Michelle Cini has provided a list of soft law “drawbacks” found in the legal literature. She writes that “the most damning criticism of soft law is that it results in soft compliance: that is, as soft law is not legally binding, implementation must rest solely on the goodwill of those agreeing to and affected by it. Some might argue that this is a rather unstable foundation for policy consistency. Moreover, when soft law is used, parliaments tend to be bypassed; its content is often vague and non-judiciable; it may be inconsistent with existing legislation; it tends to be inaccessible and opaque, with little scope for public input; and it can allow judges and/or administrators a dominant role in the making of policy.” See *Cini M. Op. cit. P. 194*. Some commentators are certain that the efficacy of soft law instruments is comes at the cost of legal certainty. As legal certainty diminishes, soft law is favoured as a tool for to compensate for the areas of uncertainty in the law.

⁵³ *Hasanat W. Op. cit. P. 9.*

⁵⁴ *Barelli M. The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples // International and Comparative Law Quarterly, 2009, no 4, p. 964.*

In such cases, soft law instruments add to the existing legal norms by means of references, interpretations or direct reproduction of soft law provisions in the official sources of international law. For example, Section 8 of the Protocol to the Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the United Mexican States for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income, states that “the Contracting States shall endeavour to apply the provisions of this Agreement in accordance with the Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention on Income and on Capital drawn up from time to time by the OECD Committee on Fiscal Affairs to the extent that the provisions contained in the Agreement correspond to those set forth under such Model”⁵⁵.

The most important function of soft law is the help it provides in interpreting the official sources of law⁵⁶.

Great precision and minute detail in legislative language do not always eliminate legal uncertainty. Indeed, uncertainty is an inherent feature of legislation because the system of linguistic tools available to write law is itself open to uncertainty. The organisation of any language as a symbolic system requires a process of decoding that will always be open to alternative readings.

The need for creative interpretation in reading legal texts will always exist, and so will the need to interpret legal rules because it is impossible to create absolutely unambiguous legislation.

In many branches of law, resorting to soft law documents in order to interpret hard law rules is a universally received and widespread practice. In recent years international courts and tribunals (the International Court of Justice, the European Court of Human Rights, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, etc.), as well as national courts have regularly referred to soft law instruments to justify their judgments. The European Court of Justice, for example, has referred to the OECD Model Tax Convention on Income and Capital in more than twenty judgments⁵⁷.

Russian courts and fiscal authorities also employ soft law to form their argumentation and legal positions. For example, they regularly use the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital and Commentaries to interpret double tax treaties, referring to their widespread use in international tax practices. Using

⁵⁵ Available at: https://www.nalog.ru/html/docs/in/mex/mex_in.doc (accessed: 14.02.2018).

⁵⁶ I fully agree with Sergey Marochkin that “the common tendency is that the use of international recommended acts has become a daily practice in all types of judgments”. See *Marochkin S.U. Dejstvie i realizaciya norm mezhdunarodnogo prava v pravovoj sisteme Rossijskoj Federacii* [Realization of International Law Norms within Russian Legal System]. Moscow: INFRA-M, 2011, p. 254.

⁵⁷ See *Dubut T. The Court of Justice and the OECD Model Tax Conventions or the Uncertainties of the Distinction between Hard Law, Soft Law, and No Law in the European Case Law // Intertax*. 2012, no 1, p. 2.

these documents, which the courts call framework instruments, judges establish general principles and approaches to the elimination of double taxation⁵⁸.

In such cases, soft law is used in conjunction with legally binding documents as a subsidiary tool that courts employ to formulate a legal position, to articulate legal argumentation, to interpret one or another norm, to define the content of legal customs or to ratify the existence of such customs. Using soft law to resolve disputes contributes to the development of national legislation that is more compatible with established international standards and tendencies in regulation. At the same time any reference to a soft law document either in legislation or political acts of a supreme authoritative body (for example, Supreme Court, Constitutional Court) significantly facilitates their implementation by Russian courts.

It is worth mentioning that soft law is indispensable if the potential subjects are reluctant or unready to be bound by legally significant acts which always result in restriction of sovereignty, especially when delegating authority to supragovernmental organs⁵⁹. This is a typical consideration for the former Soviet states that are still apprehensive about the supremacy of their stronger “Northern Neighbour” and concerned about losing their political and economic independence⁶⁰. A similar situation is developing between the Russian Federation and the European Union where the countries are ready to agree on most issues except binding obligations⁶¹.

Adopting a soft law ideology facilitates the achievement of consensus in regulatory processes, and this is quite valuable whenever a joint decision requires a qualified majority of votes, and especially so if unanimity is required.

Soft law instruments often define “the utmost” in policy and law; they serve as a kind of compromise if it is impossible to establish intentions and agreements us-

⁵⁸ See, e.g., Resolution of the Presidium of the Supreme Commercial (Arbitrage) Court of the Russian Federation, 15 November 2011, case No. 8654/11; Resolution of the Federal Commercial Court of the North-Western District, 8 February 2012, case No. A56-23858/2011; Resolution of the Federal Commercial Court of the Western-Siberian District, 31 January 2012, case No. A45-3310/2011.

⁵⁹ So, Abbott and Snidal point out that the “states, jealous of their sovereign autonomy, are reluctant to limit it through legalized commitments”. See *Abbott K., Snidal D.* Op. cit. P. 435. In turn, Gribnau notes “states treasure their sovereignty in the field of taxation, because taxation is a fundamental sign of national sovereignty”. See *Gribnau H.* Improving the Legitimacy of Soft Law in EU Tax Law // *Intertax*, 2007, no 1, p. 72.

⁶⁰ For more details see: *Dragneva R.* Is “Soft” Beautiful? Another Perspective on Law, Institutions, and Integration in the CIS // *Review of Central and East European Law*, 2004, no 3, pp. 279–324.

⁶¹ Most decisions within the EU can be reached only by using soft law. For example, concerning European tax law, Mariola Seeruthun-Kowalczyk has said quite correctly: “Hard law generally proposes uniform solutions and in some cases, as with direct taxation, reaching a compromise among the Member States towards adopting uniform solutions might not be politically possible. In such cases, soft law presents itself as a solution to the potential deadlock on the road to integration.” See *Seeruthun-Kowalczyk M.* Hard Law and Soft Law Interactions in EU Corporate Tax Regulation: Exploration and Lessons for the Future. University of Edinburgh, 2011, p. 47. Available at: <https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/1842/6409/1/Seeruthun-Kowalczyk> (accessed: 14.02.2018)

ing the formulations of hard law⁶². In other cases, soft law permits “softening” the impact of legally binding norms to smooth over contradictions and fully take into account the (not always coinciding) interests of counter-agents⁶³.

Pluralisation of the sources of law and decentralization of regulation (or outright deregulation) are worldwide tendencies, Lawmakers are encouraged, whenever the practice is acceptable, to delegate the tailoring of some concrete aspects of legal norms to those to whom the norms are addressed. A wide range of subjects such as courts, law enforcement organs, international organisations, individuals and their unions and associations are supposed to be involved in the law-making process. Very often such concretization is executed with the help of soft law instruments. The risk here lies in blurring what is meant by lawful behaviour. A lawmaker might adopt the following attitude toward the parties to taxation: “I know that you are clever and responsible people. I trust you. You understand how you must behave in order not to go too far. If it is difficult for you to understand, then begin a dialogue between the private actors and the authorities; involve consultants and the academic community. Uphold your position in court. I have set a norm, and it is your task to fill it with specific content.” We all become lawmakers in part under these conditions.

Soft law instruments have substantial flexibility that allows them to adapt to various conditions. As compared with the official sources of law they do not require any formalized procedures for their development, enactment, ratification, accountability or for revision and repeal later on. Harmonizing interests in the contractual process for developing a multilateral convention or an additional treaty is beset by well-known difficulties. Reaching consensus is much easier when working with soft law instruments⁶⁴.

⁶² One example will serve as an illustration. Article 19(1) the ILO Constitution explicitly states that “When the Conference has decided on the adoption of proposals with regard to an item on the agenda, it will rest with the Conference to determine whether these proposals should take the form: (a) of an international Convention, or (b) of a Recommendation to meet circumstances where the subject, or aspect of it, dealt with is not considered suitable or appropriate at that time for a Convention.” See also *Cini M. Op. cit.* P. 194 (focusing on how soft law can open a path to regulation where no regulation would otherwise be possible).

⁶³ As Mary Footer points out in relation to the WTO’s laws, soft law may be used to constrain and “soften” hard law, particularly where there may be a conflict of interest between members over the distributive consequences of cooperation. See *Footer M. Op. cit.* P. 244.

⁶⁴ See, e.g., *Brummer C. Why Soft Law Dominates International Finance — And Not Trade // Journal of International Economic Law*, 2010, no 3, p. 631 (“Treaty-making often entails months — if not years — of negotiation between heads of state, their representatives, and domestic legislatures. And once created, they are hard to change, increasing the risk that rules generated through treaties fall out of step with practice. Soft law, by contrast, provides a decisively cheaper means of agreement-making. It carries what can be thought of as low bargaining costs due to its informal status.”); *Abbott K., Snidal D. Op. cit.* P. 423 (emphasizing that “soft law facilitates compromise, and thus mutually beneficial cooperation, be-

One more consideration must not be overlooked: soft law often serves as a “stepping-stone” to legal rules, as a direct “predecessor” in which hard law originates. This source of inspiration applies to both international and domestic legal regulations. After a soft law has been in place, there is no need to prove that its new method needs testing in some kind of preproduction model before being introduced as a finished product. In this capacity soft law can be a useful tool for securing agreement to future legal norms.

Examples in which soft law instruments are regarded as either a basis or a fluid prototype for law-making are so numerous and deeply entrenched that this practice may be considered firmly established and common. For instance, the Guiding Principles of the International Atomic Energy Agency (IAEA) were employed as the foundation for expeditious approbation of the Convention on Early Notification of a Nuclear Accident of 1986. An acceptance of soft law declarations has preceded most of the global multilateral conventions in international ecological law and in matters pertaining to protection of competition and human rights. Thus, the soft law Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1974 became an important step towards the acceptance of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1984, Declaration on the Rights of the Child of 1959 and the subsequent Convention on the Rights of the Child of 1989, Declaration on the Elimination of Discrimination against Women of 1967 and subsequent Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women of 1979, Declaration on the Rights of Disabled Persons of 1975 and subsequent Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006, etc.

For national lawmakers in various separate countries, soft law documents also serve as signposts contributing to the improvement of legislation and its harmonization. Along these lines, many provisions of the Tax Code of the Russian Federation have reproduced soft law approaches to the regulation and the levy of taxes. These approaches had already been employed at an international level, and the same sort of influence of international soft law is also evident in substatutory (sub-legislative) norm-making concerning taxes and fees. As an example, statutes of the already approved Resolution of the Government of the Russian Federation dated 24 February 2010 No. 84 Model Agreement between the Russian Federation and Foreign Governments on the Avoidance of Double Taxation and Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Property reflect approaches embodied in the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

tween actors with different interests and values, different time horizons and discount rates, and different degrees of power”).

In such cases soft law may be regarded as a component of a multistage process of setting norms at both the international and national levels. Some soft law instruments serve as a foundation for creating institutional structures. Some of them go on to become features of international organisations⁶⁵.

The term “hardening”⁶⁶ which is sometimes used in the legal literature means a gradual transformation of soft law instruments into hard law⁶⁷. I want to emphasize that a soft law rule may be transformed into a legal norm through various processes. For example, the international standards which were developed by the International Accounting Standards Board (IASB) and which are by their nature soft law were later included in the Regulations of the European Commission of 2003 and in this way were officially implemented in the legal system of the European Union. Some multilateral treaties either require or allow stakeholders to implement generally accepted norms and standards imposed by a duly authorized international organisation or joint diplomatic conference⁶⁸.

As we can see, soft law rules can acquire a legally obligatory character either by interpreting and applying legal norms using soft law rules or by referring to them within the official sources of law.

According to Boyle, another important role of soft law instruments is in designing the detailed rules and technical standards required for implementation of some sources of law. “Environmental soft law is quite often important for this reason, setting standards of best practice or due diligence to be achieved by the parties in implementing their obligations. These ‘ecostandards’ are essential in giving hard content to the overly-general and open-textured terms of framework environmental treaties”⁶⁹. The soft law character of technical rules and standards facilitates altering or supplementing them as scientific understanding develops or as political priorities change⁷⁰.

⁶⁵ The prominent examples are the Arctic Council, the Northern Forum, the Barents Euro-Arctic Council, the South Asian Association for Regional Cooperation, etc. See *Hasanat W.* Op. cit. P. 19–29.

⁶⁶ See, e.g., *Karmel R., Kelly C.* The Hardening of Soft Law in Securities Regulation // *Brooklyn Journal of International Law*, 2009, no 3, pp. 884, 950-951. (“Soft law sometimes can harden law when it is incorporated into statutes, regulations, and even treaties. ... And soft law may ultimately harden once normative positions and rationalistic preferences have moved sufficiently to make a binding commitment politically acceptable”). See also *Arner D., Taylor M.* The Global Financial Crisis and the Financial Stability Board: Hardening the Soft Law of International Financial Regulation? // *University of New South Wales Law Journal*, 2009, no 2, pp. 488–513.

⁶⁷ As Gabriel points, although soft law instrument “do not begin as positive law, they can of course become positive law either by courts, arbitral tribunals, or legislatures adopting them, or by transactional parties adopting them in their agreements”. See *Gabriel H.* Op. cit. P. 659.

⁶⁸ See, e.g., Art. 207-212 United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 // SPS Garant.

⁶⁹ *Boyle A.* Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law // *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, no 4, p. 905.

⁷⁰ *Ibid.*

It is worth highlighting the subsidiarity of soft law, its derivative and supplemental nature in relation to legal norms. Here law has significant priority as soft law acts and any actions taken by their subjects should not contradict the norms and principles of law. The general opinion is that soft law instruments that are incorporated into law lose their “soft” nature and turn into an integral part of a legal system⁷¹. In my view however, soft law instruments are valuable quite apart from being either a supplement or a “step” towards the sources of law.

I want to draw attention to another aspect. Soft law is also a means of forming common, stable and uniform practices may eventually lead to the emergence of customary law. Hence, soft law instruments and their sustainable compliance can encourage widespread and consistent state practice and/or provide evidence of *opinio juris* for customary norms. It is also necessary to pay attention to two recent tendencies: first, the need in long-term international practice for creating common international norms is disappearing; second, what once seemed an essential feature of legal custom, the unwritten character of prescribed rules of behaviour, is falling out of favour. Thus, soft law can be used to confirm the existence of common law norms and to make their content more concrete.

Conclusion

To sum up, norms addressed to particular agents may have different degrees of being mandatory. If we depict the whole system of rules as a continuum and place each rule along it according to how binding it is, then soft law would be placed in the “grey zone” between law and non-law. It is not yet the law, but it is not merely politics, morality, traditions and the like. It is something intermediate between the two.

Soft law has two parents: postmodernism and globalization. The soft law concept reflects objective realities in the complicated modern world where the speed of change is constantly increasing. When there is a real objective need for regulation in unavoidably fragmented and uncertain conditions, soft law very often serves as an alternative not to law but to a complete absence of legal norms.

Soft law instruments create uniform “rules of the game” for actors in cross-border relations. The purpose of the soft law concept is to decrease the “zones of uncertainty” in the law. Because of this, soft law, whether it is employed in global law-making systems or not, may be viewed as a source of effective instruments that *decrease the level of uncertainty* within systems of law. At the same time, the alternative to soft law is not hard law but the *absence* of any purposeful regulation at all.

It is my considered opinion that in the prevailing condition of fragmentation and uncertainty in the official sources of international law, where common ap-

⁷¹ Ibid. P. 901 (arguing that “once soft law begins to interact with binding treaties its non-binding character may be lost or altered”).

proaches are not supported by universal acts and are more typically regulated by bilateral agreements, soft law can offer all interested parties steady, uniform guidelines arrived at through compromise for law-abiding and mutually beneficial behaviour, thus increasing the stability and certainty of cross-border interactions. On the whole, the rules and principles of international law and soft law instruments are becoming increasingly harmonized, linked, and complementary to each other; and this blending fosters “hybrid” regulatory regimes and constructions.



References

- Abbott K., Snidal D. (2000) Hard and Soft Law in International Governance // *International Organization*, no 3, pp. 441–456.
- Aspremont de J. (2008) Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials. *European Journal of International Law*, no 5, pp. 1075–1093.
- Barelli M. (2009) Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, no 4, p. 964.
- Blutman L. (2010) In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law. *International and Comparative Law Quarterly*, no 3, pp. 606–624.
- Brummer C. (2010) Why Soft Law Dominates International Finance — And Not Trade. *Journal of International Economic Law*, no 3, pp. 623–643.
- Christians A. (2007) Hard Law & Soft Law in International Taxation. *Legal Studies Research Paper Series. Paper № 1049*, pp. 7–9.
- Cini M. (2001) The Soft Law Approach: Commission Rule-making in the EU’s State Aid Regime. *Journal of European Public Policy*, no 2, pp. 192–207.
- D’Amato A. (2009) Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Reply to Jean d’Aspremont. *European Journal of International Law*, no 3, pp. 897–910.
- Dragneva R. (2004) Is «Soft» Beautiful? Another Perspective on Law, Institutions, and Integration in the CIS. *Review of Central and East European Law*, no 3, pp. 279–324.
- Ellis J. (2012) Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law. *Leiden Journal of International Law*, no 2, pp. 313–334.
- Footer M. (2010) The (Re-)turn to Soft Law in Reconciling the Antinomies in WTO Law. *Melbourne Journal of International Law*, no 2, pp. 241–276.
- Gabriel H. (2009) The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: the Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference. *Brooklyn Journal of International Law*, no 3, pp. 655–672.
- Robilant A. (2006) Genealogies of Soft Law. *American Journal of Comparative Law*, no 3, pp. 504–511.
- Shelton D. (2006) Normative Hierarchy in International Law. *American Journal of International Law*, no 2, p. 319.
- Zerilli M. (2010) The Rule of Soft Law: an Introduction. *Focaal—Journal of Global and Historical Anthropology*, no 56, p. 8.

Совершенствование правового регулирования общественного обсуждения проектов нормативных актов



Н.Н. Черногор

профессор центра фундаментальных правовых исследований Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации», доктор юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: chernogor72@yandex.ru



М.В. Залоило

доцент, ведущий научный сотрудник отдела теории права и междисциплинарных исследований законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации», кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: z-lo@mail.ru



Аннотация

Институт общественного обсуждения проектов нормативных правовых актов как способ взаимодействия общества и государства, форма непосредственного участия граждан России в управлении государством имеет важное значение для эффективности правотворческой деятельности. В последние десятилетия многие резонансные общественные обсуждения, а также принятия некоторых нормативных правовых актов без предварительного общественного обсуждения, вызвавшие неодобрительную реакцию общественности, показали необходимость дальнейшего изучения данного института общественного обсуждения, призванного установить диалог между обществом и государством, повысить доверие к деятельности органов государственной власти и местного самоуправления. Целью настоящего исследования является доктринальное обоснование вариантов совершенствования правового регулирования указанного института. Используя формально-юридический, историко-правовой, системный методы исследования и метод моделирования, авторы приходят к выводам и предложениям о совершенствовании правового регулирования общественного обсуждения, в частности, о необходимости: преодоления терминологической неопределенности законодательного и подзаконного регулирования общественного обсуждения и общественной экспертизы; закрепления норм об общественном обсуждении проекта нормативного правового акта в федеральном законе, предпочтительнее — в подлежащих разработке и принятию законе «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» (основы) и законе «Об общественном обсуждении проектов нормативных правовых актов в Российской Федерации» (более детальное специальное регулирование) с учетом положительного опыта субъектов федерации; расширения сферы применения общественных обсуждений и круга инициаторов последних, придания общественным обсуждениям

обязательного характера при разработке проекта федерального конституционного и федерального закона; размещения на интернет-портале regulation.gov.ru наиболее значимых проектируемых нормативных правовых актов в отдельных рубриках для облегчения их поиска; разработки текущих и перспективных планов правотворческой деятельности органов власти наряду с их опубликованием для всеобщего сведения (за исключением планов разработки документов, составляющих государственную тайну, и т.п.), что в числе прочих мер будет способствовать решению проблемы недостаточной популярности процедур общественного обсуждения. Резюмируется, что общественное обсуждение должно стать обязательным элементом правотворческого процесса.

Ключевые слова

общественное обсуждение, проект нормативного правового акта, общественная экспертиза, общественный контроль, гражданское общество, инициатива, правотворчество, планирование правотворческой деятельности, Закон о нормативных правовых актах.

Библиографическое описание: Черногор Н.Н., Залоило М.В. Совершенствование общественного обсуждения проектов нормативных правовых актов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 4. С. 74–92.

JEL: K00; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.74.92

В отечественной истории имеется немало примеров использования института общественного обсуждения (проекта Основных положений преобразования судебной части в России (1862)¹, проектов Конституции СССР 1936 и 1977 гг.². Вынесение наиболее важных вопросов государственной жизни на всенародное обсуждение было предусмотрено Конституцией СССР 1977 г. (ст. 5) и Конституцией РСФСР 1978 г. (ст. 5). С момента вступления в силу Конституции СССР (1977) эта процедура применялась более 30 раз, в том числе в отношении законопроектов³, а в последние годы СССР она была детально урегулирована на уровне закона⁴.

¹ См.: *Илюхин А.В.* Общественное обсуждение законопроектов в России (на примере законодательного процесса в отношении суда присяжных): историко-правовой аспект // *История государства и права.* 2012. № 5. С. 11–14.

² См.: *Хохлова Е.А.* Общественное обсуждение законопроектов и важных вопросов государственной и/или общественной жизни: конституционно-правовое регулирование и практика применения // *Конституционное и муниципальное право.* 2013. № 4. С. 47–59.

³ См.: *Матейкович М.С.* Личность и государство: от противостояния к сотрудничеству (по мотивам одной статьи Д.Л. Златопольского) // *Конституционное и муниципальное право.* 2010. № 3. С. 24.

⁴ См.: Закон СССР от 30 июня 1987 г. «О всенародном обсуждении важных вопросов государственной жизни» // *Ведомости Верховного Совета СССР.* 1987. № 26. Ст. 387; Закон РСФСР от

В настоящее время рассматриваемый институт получает широкое распространение, что связано с развитием информационно-телекоммуникационных технологий, поскольку диалог гражданского общества и государства в этой области происходит в основном в сети Интернет. В постсоветской России первые масштабные общественные обсуждения (при отсутствии специального правового регулирования) состоялись в отношении законопроектов «О полиции»⁵ и «Об образовании в Российской Федерации»⁶ на созданных для этого интернет-сайтах.

Институт общественного обсуждения как одна из форм непосредственной демократии, способ взаимодействия общества и государства, оцениваемый также с позиций краудсорсинга⁷, играет важную роль в обеспечении эффективности правотворческой деятельности. Состоявшиеся в последние десятилетия многие резонансные общественные обсуждения, а также принятия некоторых нормативных правовых актов без предварительного общественного обсуждения, вызвавшие неоднозначную реакцию общественности, представителей науки, деловых кругов, демонстрируют необходимость и актуальность дальнейшего изучения указанного института, призванного установить диалог между гражданским обществом и государством, повысить уровень доверия населения к деятельности органов государственной власти и местного самоуправления.

Правовое регулирование общественного обсуждения проектов нормативных правовых актов на федеральном уровне в настоящее время осуществляется подзаконными нормативными правовыми актами.

20 апреля 1988 г. «О народном обсуждении важных вопросов государственной жизни» // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1988. № 17. Ст. 540.

⁵ «За время работы сетевой площадки www.zakonoproekt2010.ru с 7 августа по 15 сентября 2010 г. сайт посетили более 1,5 млн. человек... В обсуждении законопроекта приняли участие не менее 16 тысяч человек, а число выраженных мнений (комментарии и голоса за них) превысило 40 тысяч. Почти каждый второй комментарий содержал конкретные предложения по совершенствованию текста, изменению или дополнению норм законопроекта». См.: Аналитический обзор от 23 сентября 2010 г. по комментариям в ходе общественного обсуждения проекта федерального закона «О полиции» [Электронный ресурс]: // URL: <http://zakonoproekt2012.ru/#doc/police/10> (дата обращения: 07.11.2018)

⁶ «Общественное обсуждение проекта федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» на сайте www.zakonoproekt2010.ru завершилось 1.02.2011. К этому моменту на сайт поступило 10 912 комментариев». См.: Доклад об итогах общественного обсуждения проекта федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» [Электронный ресурс]: // URL: <http://zakonoproekt2012.ru/#doc/edu/38> (дата обращения: 07.11.2018). Доработанный законопроект обсуждался на сайтах <http://edu.crowdexpert.ru/>, <http://zakon.government.ru/> (дата обращения: 07.11.2018)

⁷ «Мобилизация человеческих ресурсов посредством информационных технологий с целью решения задач, стоящих перед бизнесом, государством и обществом в целом». См.: *Курычая М.М.* Технология краудсорсинга в юридической практике // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 6. С. 37; *Дзидзов Р.М., Тамаев А.М.* Общественное (публичное) обсуждение проектов законодательных и иных нормативных правовых актов в формате открытого правительства // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 8. С. 66–70.

9.02.2011 был подписан Указ Президента Российской Федерации № 167 «Об общественном обсуждении проектов федеральных конституционных законов и федеральных законов»⁸, закрепляющий возможность их вынесения на общественное обсуждение, если они затрагивают основные направления государственной политики в области социально-экономического развития страны. Таким образом, сфера рассматриваемой процедуры ограничена. Кроме того, ее инициатором согласно названному указу является Президент.

Федеральным органам государственной власти — разработчикам соответствующего законопроекта — предписано размещать законопроект и сопроводительные документы к нему (пояснительную записку, финансово-экономическое обоснование) на официальных сайтах этих органов власти или на специально созданных интернет-сайтах. Они также должны обеспечивать гражданам возможность ознакомиться с замечаниями и предложениями по законопроекту, поступившими от иных лиц. По истечении 90 дней со дня завершения общественного обсуждения федеральные органы государственной власти обязываются направлять Президенту России доклад о его результатах.

22.02.2012 Постановлением Правительства Российской Федерации № 159 были утверждены Правила проведения общественного обсуждения проектов федеральных конституционных законов и федеральных законов⁹, которые однако утратили силу в связи с изданием Постановления Правительства от 29.03.2014 № 246 «О признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации»¹⁰. Постановлением Правительства от 25.08.2012 № 851, принятым на основании и во исполнение пп. «а» п. 2 Указа Президента от 7.05.2012 №601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления»¹¹, были утверждены действующие в настоящее время Правила раскрытия федеральными органами исполнительной власти информации о подготовке проектов нормативных правовых актов и результатах их общественного обсуждения (далее — Правила)¹². В соответствии с ними выбор форм общественного обсуждения, в том числе принятие решения об использовании ведомственных или специализированных интернет-сайтов, осуществляется федеральным органом исполнительной власти — разработчиком проекта нормативного правового

⁸ СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 939.

⁹ СЗ РФ. 2012. № 10. Ст. 1247.

¹⁰ Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 02.04.2014)

¹¹ СЗ РФ. 2012. № 19. Ст. 2338.

¹² СЗ РФ. 2012. № 36. Ст. 4902.

акта. Уведомление о подготовке проекта акта, проектируемый акт, информация о сроках и результатах его общественного обсуждения размещаются его разработчиком на портале regulation.gov.ru.

Правилами предусмотрено исключение — рассматриваемая процедура не проводится в отношении проектов: 1) федеральных законов в области бюджетного права; 2) нормативных правовых актов, содержащих сведения, отнесенные к государственной тайне, и сведения конфиденциального характера; 3) нормативных правовых актов, подлежащих оценке регулирующего воздействия (далее — ОРВ); 4) нормативных правовых актов по вопросам заключения, прекращения, приостановления действия, ратификации, денонсации международных договоров России и выражения намерения не становиться участником международного договора; 5) нормативных правовых актов, для разработки которых Правительством (в том числе во исполнение поручений Президента) установлен срок, не превышающий 20 дней.

Кроме того, федеральный орган исполнительной власти — разработчик проекта — может отказаться от общественного обсуждения проектов определенных нормативных правовых актов, в частности, о признании утратившими силу подзаконных нормативных правовых актов, которые были разработаны в соответствии с нормативными правовыми актами более высокой юридической силы, признанными утратившими силу; разработанных в целях реализации решений Конституционного Суда России и др.

Некоторые из таких ограничений избыточны, например, это исключения из числа объектов общественных обсуждений проектов актов, регламентирующих вопросы государственной границы России, заключения, приостановления действия, прекращения международных договоров РФ, которые «ни к секретным, ни к техническим не относятся»¹³.

На сайте regulation.gov.ru подлежит размещению уведомление о подготовке проекта нормативного правового акта, которое должно содержать определенные виды информации¹⁴. Результатом общественного обсуждения уведомления является принятие соответствующим федеральным органом исполнительной власти решения о разработке или об отказе от разработки

¹³ Тамаев А.М. Открытое правительство в России: конституционно-правовые аспекты: дис. ... к. ю. н. Владикавказ, 2017. С. 128.

¹⁴ Вид, наименование и планируемый срок вступления в силу нормативного правового акта; круг лиц, на которых будет распространено его действие; обоснование необходимости подготовки нормативного правового акта; описание проблемы, на решение которой направлен предлагаемый способ регулирования; срок, в течение которого разработчиком принимаются предложения, и наиболее удобный способ их представления.

В случаях, установленных постановлением Правительства от 2.08.2001 № 576 «Об утверждении Основных требований к концепции и разработке проектов федеральных законов» (СЗ РФ. № 32. Ст. 3335), к уведомлению прилагается концепция проекта федерального закона.

проекта акта на основе поступивших предложений. С принятием положительного решения разработчик размещает на указанном сайте проект акта с пояснительной запиской, содержащей в том числе сведенные предложения, которые поступили в ходе общественного обсуждения, с указанием собственной позиции. Если проект нормативного правового акта возвращается Президентом или Правительством на доработку, он может быть вынесен разработчиком на повторное общественное обсуждение (за исключением проекта федерального закона).

Анализ Правил показывает, что рассматриваемая процедура в отношении законопроектов осуществляется на этапе их разработки до внесения в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации (далее – Государственная Дума). В свою очередь возможность вынесения Государственной Думой принятого в первом чтении проекта федерального закона на всенародное обсуждение предусмотрена п. 6 ст. 119 Регламента Государственной Думы¹⁵, хотя подобная практика пока отсутствует.

Подчеркнем, что действующее федеральное правовое регулирование не закрепляет обязанности общественного обсуждения всех без исключения законопроектов, а также всех подзаконных нормативных правовых актов. Общественному обсуждению подлежат проекты нормативных правовых актов, подготовленные федеральными органами исполнительной власти (включая законопроекты, которые будут вноситься в Государственную Думу Правительством, проекты постановлений Правительства и нормативных правовых актов самих федеральных органов исполнительной власти, — в обязательном порядке, но с определенными исключениями), проекты федеральных конституционных и федеральных законов в сфере социально-экономического развития России, подготовленные любыми федеральными органами государственной власти, — по инициативе Президента России. Таким образом, на федеральном уровне инициаторами общественного обсуждения могут выступать Президент и федеральные органы исполнительной власти (последние — в обязательном порядке).

Отсутствие требований об обязательном общественном обсуждении целого ряда проектов нормативных правовых актов, диспозитивное установление возможности вынесения Президентом законопроектов на общественное обсуждение, полное исключение из области применения данной процедуры актов главы государства, неясность, может ли Президент поручить вынесение на общественное обсуждение законопроектов, инициаторами которых выступают Государственная Дума и Федеральное Собрание, расцениваются в доктрине как серьезные недостатки правового регулиро-

¹⁵ См.: Постановление Государственной Думы от 22.01.1998 № 2134-II ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 801.

вания и подвергаются критике¹⁶. В связи с этим можно говорить о необходимости расширения сферы применения процедуры общественных обсуждений, придании им обязательного характера в случае разработки проекта федерального конституционного и федерального законов.

В литературе выдвигаются предложения о расширении состава инициаторов общественного обсуждения путем наделения соответствующим правом граждан при условии набора необходимого количества голосов в поддержку такой инициативы¹⁷. Однако в случае закрепления обязательности общественных обсуждений любых проектов нормативных правовых актов, подготовленных субъектами правотворческой инициативы на федеральном уровне, необходимость в предоставлении такого права гражданам отпадает. Кроме того, неясно, каким образом граждане должны быть уведомлены о разработке проектов нормативных правовых актов, процедуру общественных обсуждений которых они могли бы инициировать.

Еще одна проблема действующего правового регулирования заключается в несовпадении терминологии законодательства об общественном контроле и подзаконного нормативного правового регулирования общественного обсуждения. Некоторые авторы обращают внимание на наличие в российской правовой системе нескольких видов деятельности, соответствующих определению общественной экспертизы, включая общественное обсуждение законопроектов и проектов подзаконных нормативных правовых актов, публичные консультации в рамках ОРВ¹⁸, независимую антикоррупционную экспертизу. Раздаются предложения об объединении всех указанных видов деятельности в единую процедуру общественной экспертизы¹⁹.

В связи с этим обратимся к рассмотрению Федерального закона от 21.07.2014 № 212-ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации»²⁰ (далее — Закон об основах общественного контроля), где предусмотрена такая форма общественного контроля, как общественное обсуждение, которое, однако, осуществляется не применительно к проектам нор-

¹⁶ См.: Казьмина Е.А. Общественное обсуждение проектов нормативных правовых актов в контексте развития электронной демократии // Академический юридический журнал. 2016. № 1. С. 11; Каменская Е.В. Модернизация правотворчества: основные тенденции // Вестник Московского университета им. С.Ю. Витте. Серия 2: Юридические науки. 2017. № 1. С. 4–5; Тамаев А.М. Указ. соч. С. 128.

¹⁷ См.: Хохлова Е.А. Указ. соч. // СПС КонсультантПлюс.

¹⁸ См.: Дидикин А.Б. Правовые формы участия граждан в общественном контроле // Гражданское общество в России и за рубежом. 2015. № 1. С. 21–24.

¹⁹ См.: Чаплинский А.В., Плаксин С.М. Законопроектная деятельность Правительства Российской Федерации // Российская юстиция. 2017. № 10. С. 43–46.

²⁰ Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 22.07.2014)

мативных правовых актов, а в отношении общественно значимых вопросов, проектов решений органов государственной власти и местного самоуправления, государственных и муниципальных организаций, иных субъектов, осуществляющих в соответствии с федеральными законами отдельные публичные полномочия (ст. 24). К проектам нормативных правовых актов в соответствии с Законом об основах общественного контроля применяется такая форма общественного контроля, как общественная экспертиза²¹, являющаяся обязательной в случаях, установленных федеральными законами.

Подчеркнем, что если Правилами предусмотрено общественное обсуждение проектов нормативных правовых актов всеми гражданами, то субъектами общественного контроля являются общественные палаты и общественные советы при органах власти (ст. 9 Закона об основах общественного контроля). Общественную экспертизу, согласно этому Закону, осуществляют общественные эксперты, отобранные организатором общественной экспертизы, т.е. любой гражданин не может провести общественную экспертизу проекта нормативного правового акта как форму общественного контроля в соответствии с указанным Законом, однако любой гражданин может участвовать в общественном обсуждении проекта нормативного правового акта, подготавливаемого федеральным органом исполнительной власти, по Правилам, утвержденным Правительством России.

Полагаем, что в целях определенности правового регулирования в рассматриваемых вопросах необходимо единство терминологии, а также процедур, обозначаемых одними и теми же терминами. В связи с этим предлагаем закрепить единую процедуру для всех проектов федеральных и федеральных конституционных законов, проектов подзаконных нормативных правовых актов, всех субъектов права законодательной (шире — правотворческой) инициативы, именуемую общественным обсуждением проекта нормативного правового акта. Соответствующие нормы могут найти отражение в: 1) Законе об основах общественного контроля; 2) специальном Федеральном законе об общественном обсуждении проектов нормативных правовых актов; 3) Федеральном законе о нормативных правовых актах в

²¹ Согласно ст. 22 Закона об основах общественного контроля под общественной экспертизой понимаются основанные на использовании специальных знаний и (или) опыта специалистов, привлеченных субъектом общественного контроля к проведению общественной экспертизы на общественных началах, анализ и оценка актов, проектов актов, решений, проектов решений, документов и других материалов, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных организаций, иных органов и организаций, осуществляющих в соответствии с федеральными законами отдельные публичные полномочия, проверка соответствия таких актов, проектов актов, решений, проектов решений, документов и других материалов требованиям законодательства, а также проверка соблюдения прав и свобод человека и гражданина, прав и законных интересов общественных объединений и иных негосударственных некоммерческих организаций.

Российской Федерации (что предложено разработчиками инициативного законопроекта о нормативных правовых актах — сотрудниками Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации)²²; далее — законопроект ИЗИСП о нормативных правовых актах).

Также необходимо нормативно урегулировать: 1) характер результатов общественного обсуждения проекта нормативного правового акта, статус высказанных в ходе общественного обсуждения замечаний и предложений (при этом следует иметь в виду, что в случае строго рекомендательного характера таковых их ценность заметно снижается, особенно учитывая дальнейшую доработку соответствующего проекта нормативного правового акта и возможность внесения в ее ходе таких изменений и дополнений в проектируемый нормативный правовой акт, которые будут противоречить первоначальному замыслу и нивелировать замечания и предложения граждан); 2) запрет коренных изменений, предложенных в ходе общественных обсуждений поправок к проекту нормативного правового акта, без должного обоснования.

В связи со сказанным отметим, что в доктрине встречаются точки зрения, что замечания к проектируемому нормативному правовому акту, поступающие от граждан в ходе общественного обсуждения, могут быть неисполнимыми или неудачными. Однако если будут предложены эффективные правотворческие решения, возникает проблема гарантирования со стороны органов власти, что таковые не будут игнорированы. Предлагается использовать такой инструмент, как (условно) «вечное депонирование предложения» в электронной системе²³, хотя, по нашему мнению, в условиях высоких темпов правотворчества замечания к проектируемому акту, который может довольно быстро подвергнуться дальнейшим изменениям или вовсе утратить силу, едва ли останутся актуальными. Кроме того, неясно, кто и как будет отслеживать неучтенные замечания и предложения общественности.

В юридической литературе предлагается выносить на общественное обсуждение альтернативные варианты правового регулирования, а также приводить для сравнения с проектируемым действующее правовое регулирование соответствующих общественных отношений (в случае наличия), что пока не предусмотрено рассматриваемыми Правилами²⁴. Последнее позволило бы значительно упростить поиск необходимого нормативного право-

²² Проект федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» (инициативный законопроект) / Хабриева Т.Я., Тихомиров Ю.А. и др. М., 2013.

²³ Сивицкий В.А. Общественное обсуждение законопроектов: демократия или государственный рационализм // Юридическая техника. 2014. № 8. С. 396.

²⁴ Там же.

вого материала для участников общественного обсуждения, не имеющих юридического образования.

Встречаются также предложения о целесообразности изложения вынесенного на общественное обсуждение проекта более доступным для понимания неспециалистами языком (при одновременном размещении самого проекта нормативного правового акта)²⁵, что может быть осуществлено в форме справки к проекту. С этим вопросом напрямую связана проблема недостаточной популярности процедур общественного обсуждения. По данным специалистов, «публичное обсуждение проектов в среднем собирает 0,97 участника в расчете на один акт. У 27% ведомств нет ни одного участника обсуждений проектов, еще у 50% — менее одного участника. На проекты 47% актов не поступает ни одного отзыва»²⁶. Подобная ситуация объясняется, с одной стороны, недостаточным уровнем правовой культуры, низким уровнем правосознания. С другой стороны, в стране сохраняется «цифровое неравенство»²⁷ групп и слоев общества.

Еще одной важной причиной является то, что одними только федеральными органами исполнительной власти разрабатывается множество нормативных правовых актов, все проекты которых размещаются для общественного обсуждения. Например, по состоянию на июнь 2018 г. на портале regulation.gov.ru размещено более 51.000 проектов нормативных правовых актов. Очевидно, что не все из них обладают одинаковой общественной значимостью и вызывают одинаковый интерес у граждан²⁸. Масштабное общественное обсуждение законопроектов «О полиции» и «Об образовании в Российской Федерации» в 2010 г. было обусловлено тем, что предмет их регулирования затрагивает практически все население страны. В настоящее время «подавляющее большинство размещаемых для общественного обсуждения проектов посвящены внутриведомственным вопросам или весьма узким, специфическим темам»²⁹.

Возможны различные варианты решения обозначенной проблемы, среди которых — вынесение на портале regulation.gov.ru в отдельные рубрики наи-

²⁵ Там же.

²⁶ Дзидзов Р.М., Тамаев А.М. Указ. соч. С. 70.

²⁷ Хохлова Е.А. Указ. соч. // СПС КонсультантПлюс.

²⁸ Например, по состоянию на 1 июня 2018 г. самым обсуждаемым проектом (151 участник) на портале www.regulation.gov.ru является проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об электронной подписи», Федеральный закон «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» и Федеральный закон «Об аккредитации в национальной системе аккредитации» [Электронный ресурс]: // URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=79636> (дата обращения: 01.06.18)

²⁹ Казьмина Е.А. Указ. соч. С. 12.

более значимых, затрагивающих права и свободы человека и гражданина, проектируемых нормативных правовых актов³⁰. Кроме того, по предположениям ученых, отсутствие или несвоевременная реакция общества на размещение проектов актов для общественного обсуждения вызвана неосведомленностью граждан о проведении такой процедуры (предлагается оповещать население через средства массовой информации о предстоящем обсуждении с указанием порядка, сроков и способов участия в нем³¹), а также «отсутствием широко освещаемых планов нормотворческой деятельности»³².

В связи с этим отметим следующее: в соответствии с Положением о законопроектной деятельности Правительства России³³ и его Регламентом³⁴ законопроектная деятельность последнего осуществляется на основе ее, утверждаемого на очередной год, т.е. речь идет о текущем плане. Вместе с тем именно перспективному (на длительный срок) планированию отводится «ведущая роль в системе планирования законодательной деятельности»³⁵.

В субъектах федерации предусмотрено более совершенное регулирование планирования правотворческой деятельности. Разработка планов законопроектных работ органами законодательной власти субъекта федерации предусмотрена п. 6 ст. 23 Федерального закона от 6.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»³⁶.

Планирование правотворческой деятельности субъектов федерации предусматривается законами о нормативных правовых актах соответствующих субъектов³⁷, где, как правило, закрепляются положения о текущем (на

³⁰ См.: Дзидзоев Р.М., Тамаев А.М. Указ. соч. // СПС КонсультантПлюс.

³¹ Соколова М.А. Дефекты юридических документов. М., 2016 // СПС КонсультантПлюс.

³² Казьмина Е.А. Указ. соч. С. 12.

³³ См.: Постановление Правительства России от 30.04. 2009 № 389 «О мерах по совершенствованию законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 19. Ст. 2346.

³⁴ См.: Постановление Правительства России от 1.06.2004 № 260 «О Регламенте Правительства Российской Федерации и Положении об Аппарате Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 23. Ст. 2313.

³⁵ Абрамова А.И. Актуальные проблемы планирования законодательной деятельности // Журнал российского права. 2012. № 3. С. 42.

³⁶ СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

³⁷ Законы субъектов Российской Федерации в этой сфере имеют различные наименования: «О нормативных правовых актах», «О нормативных и иных правовых актах», «О правотворчестве и нормативных правовых актах», «О нормативных правовых актах органов государственной власти», «О правовых актах органов государственной власти», «О правовых актах, принимаемых органами государственной власти и их структурными подразделениями», «О нормотворческой деятельности, нормативных правовых актах и иных правовых актах органов государственной

срок до одного года) и перспективном (на срок до двух–пяти лет) планировании. При этом в перспективных планах правотворческой деятельности определяются направления развития правового регулирования, намечаются меры кодификации и иных форм систематизации нормативных правовых актов³⁸. Более того, например, Закон Краснодарского края от 6.06.1995 № 7-КЗ «О правотворчестве и нормативных правовых актах Краснодарского края»³⁹ предусматривает составление краткосрочных (на один год), среднесрочных (на два–три года) и долгосрочных (на пять–семь лет) планов подготовки проектов нормативных правовых актов края. Также осуществляется увязка планов правотворческой деятельности субъектов федерации с их программно-стратегическими актами (концепциями, программами социально-экономического развития региона)⁴⁰. На необходимость «обеспечения скоординированности планирования законодательной деятельности с планированием экономического и социального развития страны» обращает внимание А.И. Абрамова⁴¹.

Законодательство не может развиваться без четкой и обоснованной стратегической основы. Тем не менее надлежит констатировать, что на федеральном уровне отсутствует нормативно закрепленное требование о среднесрочном и долгосрочном планировании законопроектных работ всех субъектов права законодательной инициативы, а также требование о текущем планировании законопроектных работ всех субъектов права законодательной инициативы, за исключением Правительства России. Хотя, например, в Государственную Думу текущего (седьмого) созыва по состоянию на июнь 2018 г. иными, помимо Правительства, субъектами права законодательной инициативы было внесено в 4,5 раза больше законопроектов по сравнению с числом «правительственных» законопроектов⁴². Планирование правотворческой деятельности предусмотрено законопроектом ИЗиСП о нормативных правовых актах.

власти». Для целей настоящего исследования условимся именовать эти многочисленные законодательные акты, имеющие в целом схожие предмет и цели правового регулирования, законами о нормативных правовых актах.

³⁸ См., напр.: ст. 23 Закона Республики Адыгея от 9.10.1998 № 92 «О нормативных и иных правовых актах» // Советская Адыгея. 1998. 9 октября.

³⁹ Информационный бюллетень ЗСК. 1995. № 3.

⁴⁰ См., напр.: ст. 14 Закона Республики Марий Эл от 6.03. 2008 № 5-3 «О нормативных правовых актах Республики Марий Эл» // Марийская правда. 2008. № 45.

⁴¹ Абрамова А.И. Указ. соч. С. 48.

⁴² Информация по субъектам права законодательной инициативы о прохождении законопроектов и законов в Государственной Думе текущего созыва [Электронный ресурс]: // URL: http://sozd.parlament.gov.ru/oz_info_spzi/spzi_list (дата обращения: 01.06.2018)

Однако очевидно, что недостаточно включения норм о текущих, среднесрочных и долгосрочных планах законопроектных работ всех субъектов права законодательной инициативы в федеральный закон о нормативных правовых актах в РФ, необходимость принятия которого давно назрела⁴³. Помимо этого требуется закрепление в Федеральном законе от 28.06.2014 № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации»⁴⁴ в числе документов стратегического планирования планов законопроектных работ, определение требований, предъявляемых к их разработке, основных положений названных документов, сроков и порядка их принятия, субъектов, ответственных за их реализацию⁴⁵.

Обязательная разработка текущих и перспективных планов правотворческой деятельности вкупе с их обязательным опубликованием для всеобщего сведения (за исключением планов разработки документов, составляющих государственную тайну, и т.п.) привлечет больше участников общественных обсуждений проектов нормативных правовых актов. Ожидается, что реализация Программы «Цифровая экономика Российской Федерации»⁴⁶ будет способствовать преодолению «цифрового неравенства», развитию общественных обсуждений и более четкому закреплению их результатов и возможности общественности контролировать изменение содержания проектируемого акта.

В совершенствовании правотворческой деятельности важную роль играет мониторинг гражданских правотворческих инициатив, внедряемый в последнее время во многих странах, включая Россию. Так, на сайте «Российская общественная инициатива»⁴⁷ размещено уже около 12.000 общественных инициатив. Это средство «измерения» восприятия обществом действующего законодательства и выявления объективных потребностей в его обновлении требует дальнейшего анализа и развития⁴⁸. В связи с этим полагаем, что разработанный в результате поддержанной общественной инициативы проект нормативного

⁴³ См.: Научные концепции развития российского законодательства / отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров. М.: Юриспруденция, 2015. С. 75–86.

⁴⁴ Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 30.06.2014)

⁴⁵ См.: Правовые модели и реальность / отв. ред. Ю.А. Тихомиров и др. М.: ИНФРА-М, 2014. С. 134–135.

⁴⁶ Программа утверждена распоряжением Правительства от 28.07.2017 № 1632-р [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 03.08.17)

⁴⁷ [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.roi.ru> (дата обращения: 07.11.18). Сайт учрежден Указом Президента России от 4.03.2013 № 183 «О рассмотрении общественных инициатив, направленных гражданами Российской Федерации с использованием интернет-ресурса “Российская общественная инициатива”» // Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 04.03.2013)

⁴⁸ См.: Хабриева Т.Я. Современное правотворчество и задачи юридической науки // Журнал российского права. 2015. № 8. С. 10.

правового акта (любого уровня, любым субъектом) должен в дальнейшем выноситься на общественное обсуждение, что также следует отразить в законе (в зависимости от выбранной модели правового регулирования).

Общественное обсуждение проектов нормативных правовых актов подробно урегулировано на региональном уровне, причем его основы зачастую заложены в конституциях и уставах субъектов федерации⁴⁹. Более подробное регулирование во многих субъектах закреплено на уровне закона соответствующего субъекта. Зачастую предусматривается более широкая сфера общественного обсуждения, в том числе в отношении проектов законов субъектов, проектов подзаконных нормативных правовых актов высших органов власти субъекта, органов исполнительной власти субъекта⁵⁰. Встречается и ограниченная сфера общественного обсуждения — в отношении законопроектов субъекта⁵¹, проектов в области социально-экономического развития, прав и свобод человека и гражданина⁵². Предусматриваются исключения, когда рассматриваемая процедура не проводится⁵³.

⁴⁹ Например, по ст. 78 Конституции Республики Татарстан от 6.11.1992 (Советская Татария. 1992. № 246-247), проекты законов Республики Татарстан и другие наиболее важные вопросы государственной жизни Республики решением Государственного совета могут быть вынесены на народное обсуждение Республики. По ст. 20 Устава Вологодской области от 18.10. 2001 № 716-ОЗ (Красный Север. 2001. № 202-203), проекты законов области, проекты нормативных правовых актов губернатора и правительства области, затрагивающие основные направления государственной политики области в сфере социально-экономического развития, права и свободы человека и гражданина, выносятся на общественное обсуждение в случаях и порядке, установленных законом области.

⁵⁰ Например, по Закону Республики Коми от 24.06.2014 № 81-РЗ «О некоторых вопросах, связанных с общественным обсуждением проектов нормативных правовых актов Республики Коми» (сетевое издание «Перечень правовых актов, принятых органами государственной власти Республики Коми, иной официальной информации» [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.law.rkomi.ru/> (дата обращения: 24.06.2014) общественное обсуждение осуществляется в отношении проектов законов Республики Коми, нормативных правовых актов Государственного совета Республики Коми, Главы Республики Коми, Правительства Республики Коми, органов в системе исполнительной власти Республики Коми. См. также: Закон Архангельской области от 29.10.2012 № 562-34-ОЗ «Об общественном обсуждении проектов нормативных правовых актов Архангельской области» // Волна. 2012. № 43 (1378).

⁵¹ См.: Закон Республики Башкортостан от 4.12. 2012 № 605-з «Об общественном обсуждении проектов законов Республики Башкортостан» // Официальный интернет-портал правовой информации Республики Башкортостан [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.npa.bashkortostan.ru> (дата обращения: 07.12.2012); Закон Ямало-Ненецкого автономного округа от 26 декабря 2014 г. № 120-ЗАО «Об общественном обсуждении проектов законов Ямало-Ненецкого автономного округа» // Официальный интернет-сайт исполнительных органов государственной власти автономного округа [Электронный ресурс]: // URL: <http://правительство.янао.рф> (дата обращения: 26.12.2014)

⁵² См.: Закон Вологодской области от 30.01.2013 № 2980-ОЗ «Об общественном обсуждении проектов нормативных правовых актов Вологодской области» // Красный Север. 2013. № 18.

⁵³ Как правило, речь идет о законопроектах в бюджетной и налоговой сферах, проектах нормативных правовых актов, содержащих сведения, отнесенные к государственной тайне, и сведе-

Как правило, общественное обсуждение проекта нормативного правового акта субъекта осуществляется в Интернете. Однако отдельные нормативные правовые акты субъектов рассматривают общественное обсуждение как родовое понятие и предусматривают его различные формы, например, публичные, общественные слушания и пр. Это подвергается критике в юридической литературе, поскольку публичные слушания являются самостоятельной консультативной формой непосредственной демократии⁵⁴. В качестве формы общественного обсуждения выделяется также общественная экспертиза, однако последняя является формой деятельности общественных палат, в то время как круг участников общественного обсуждения не ограничен.

Выявленные недостатки связываются с отсутствием рамочного регулирования общественного обсуждения на федеральном уровне⁵⁵, при этом проблему не решает Закон об основах общественного контроля, где общественное обсуждение понимается несколько в ином ключе, а проекты нормативных правовых актов оцениваются лишь в такой форме общественного контроля, как общественная экспертиза. Вместе с тем «в вопросах регламентации правотворчества законодательство субъектов Российской Федерации опережает федеральное»⁵⁶, следовательно, упомянутый Федеральный закон об общественном обсуждении проектов нормативных правовых актов может быть разработан на базе в том числе положительного регионального опыта.

Исследование позволяет сформулировать следующие выводы:

Эффективность института общественного обсуждения проектов нормативных правовых актов может быть достигнута только посредством соблюдения единства терминологии, а также процедур. В отношении всех про-

ния конфиденциального характера, направленных на приведение нормативных правовых актов субъекта Российской Федерации в соответствие с федеральными законами и законами субъекта, о приостановлении действия нормативного правового акта.

⁵⁴ См.: *Ларина Н.В.* Общественное обсуждение проектов нормативных правовых актов: краткий анализ регулирования на уровне субъектов Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2016. № 1. С. 8–13. Однако следует учитывать и позицию Верховного Суда России по указанному вопросу. Так, в решении от 12.09.2012 по делу № АКПИ12-1128 Верховный Суд отметил разнообразие форм общественных обсуждений: «Обсуждение как способ учета общественного мнения реализуется, в том числе путем освещения в средствах массовой информации, размещения в сети “Интернет” на официальных сайтах, проведения опросов, публичных слушаний или иных публичных мероприятий. Множественность форм проведения обсуждения предполагает и различные порядок проведения такого обсуждения и способы учета его результатов» // СПС КонсультантПлюс.

⁵⁵ Там же.

⁵⁶ *Липчанская М.А.* Общественное обсуждение законопроектов как форма участия граждан Российской Федерации в управлении делами государства // Правовая политика и правовая жизнь. 2011. № 2. С. 17.

ектов таких актов должна проводиться действенная процедура, именуемая общественным обсуждением проекта нормативного правового акта. Соответствующие нормы могут найти отражение в Законе об основах общественного контроля, либо в Федеральном законе об общественном обсуждении проектов нормативных правовых актов, либо в Федеральном законе о нормативных правовых актах, либо в Федеральном законе о нормативных правовых актах (основы) и Федеральном законе об общественном обсуждении проектов нормативных правовых актов (более детальное регулирование). Последний может быть разработан на базе в том числе положительного регионального опыта. Общественное обсуждение должно стать обязательным элементом правотворчества и правотворческого процесса;

следует расширить сферу применения процедуры общественных обсуждений и круг инициаторов последних, придать общественным обсуждениям обязательный характер в случае разработки проекта федерального конституционного и федерального закона;

целесообразно нормативно урегулировать статус высказанных в ходе общественного обсуждения замечаний и предложений, запретить внесение коренных изменений в текст нормативного правового акта, прошедшего общественное обсуждение, без должного обоснования;

недостаточная популярность процедур общественного обсуждения объясняется, в частности, следующими обстоятельствами: недостаточным уровнем правовой культуры населения, низким уровнем правосознания; «цифровым неравенством» граждан; многочисленностью принимаемых нормативных правовых актов, которые не могут обладать одинаковой общественной значимостью и вызывать одинаковый публичный интерес; отсутствием широко освещаемых планов правотворческой деятельности. Среди вариантов решения указанной проблемы, способствующих привлечению большего числа участников процедур общественных обсуждений, следующие: вынесение на портале regulation.gov.ru наиболее значимых проектируемых нормативных правовых актов в отдельные рубрики; обязательная разработка текущих и перспективных планов правотворческой деятельности наряду с их обязательным опубликованием для всеобщего сведения (за исключением планов разработки документов, составляющих государственную тайну, и т.п.); реализация Программы «Цифровая экономика Российской Федерации», в ходе которой предполагается устранение «цифрового неравенства»;

разработанный в результате поддержанной общественной инициативы проект нормативного правового акта должен в дальнейшем выноситься на общественное обсуждение, что тоже следует отразить в законе (в зависимости от избранной модели правового регулирования).



Библиография

Абрамова А.И. Актуальные проблемы планирования законодательной деятельности // Журнал российского права. 2012. № 3. С. 41–50.

Дзидзоев Р.М., Тамаев А.М. Общественное (публичное) обсуждение проектов законодательных и иных нормативных правовых актов в формате открытого правительства // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 8. С. 66–70.

Дидикин А.Б. Правовые формы участия граждан в общественном контроле // Гражданское общество в России и за рубежом. 2015. № 1. С. 21–24.

Казьмина Е.А. Общественное обсуждение проектов нормативных правовых актов в контексте развития электронной демократии // Академический юридический журнал. 2016. № 1. С. 10–14.

Каменская Е.В. Модернизация правотворчества: основные тенденции // Вестник Московского университета им. С.Ю. Витте. Серия 2: Юридические науки. 2017. № 1. С. 3–8.

Курячая М.М. Технология краудсорсинга в юридической практике // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 6. С. 31–38.

Ларина Н.В. Общественное обсуждение проектов нормативных правовых актов: краткий анализ регулирования на уровне субъектов Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2016. № 1. С. 8–13.

Липчанская М.А. Общественное обсуждение законопроектов как форма участия граждан Российской Федерации в управлении делами государства // Правовая политика и правовая жизнь. 2011. № 2. С. 12–18.

Научные концепции развития российского законодательства / отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров. М.: Юриспруденция, 2015. 544 с.

Правовые модели и реальность / отв. ред. Ю.А. Тихомиров и др. М.: ИНФРА-М, 2014. 280 с.

Сивицкий В.А. Общественное обсуждение законопроектов: демократия или государственный рационализм // Юридическая техника. 2014. № 8. С. 393–396.

Соколова М.А. Дефекты юридических документов. М.: Юриспруденция, 2016. 160 с.

Тамаев А.М. Открытое правительство в России: конституционно-правовые аспекты: дис. ... к. ю. н. Владикавказ, 2017. 200 с.

Хабриева Т.Я. Современное правотворчество и задачи юридической науки // Журнал российского права. 2015. № 8. С. 5–13.

Чаплинский А.В., Плаксин С.М. Законопроектная деятельность Правительства Российской Федерации // Российская юстиция. 2017. № 10. С. 43–46.

Improvement of Legal Regulation of Public Discussion on the Draft



Nikolai Chernogor

Professor, Center of Fundamental Legal Research, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: chernogor72@yandex.ru



Maxim Zaloilo

Associate Professor, Leading Researcher, Department of Theory of Law and Interdisciplinary Research of Legislation, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow, 117218, Russian Federation. E-mail: z-lo@mail.ru



Abstract

The institute of public discussion of legal act draft as a way of interaction between society and state, a form of direct participation of citizens in public administration is important for ensuring the effectiveness of law-making. High-profile public discussions that have taken place recently, as well as the adoption of some normative legal acts without prior public discussion, which caused a negative reaction from the public, scientific and business community, demonstrate the need for further study of the institute of public discussion of draft which contributes to establish a dialogue between civil society and state, to raise the level of public level of confidence in public authorities and local self-government. The purpose of article is the doctrinal justification of the ways to improving legal regulation of public discussion on draft. Using formal legal, historical, systematic methods of research, as well as the method of modeling, the authors come to the following conclusions and proposals: on overcoming terminological uncertainty of the current legislative and sublegislative regulation concerning public discussion and public expertise; on including regulations on public discussion of the draft normative legal act in the Federal law, it is more preferable — in the Federal law «On normative legal acts» and in the Federal law «On public discussion of drafting» (more detailed special regulation) taking into account the available positive experience of subordinate entities of federation; on expanding the scope of application of public discussion and the circle of initiators of public discussion; on establishing an obligatory character of public discussions of the draft of the Federal Constitutional law and Federal law; about the inclusion of the most significant projects of normative legal acts in special sections to the Internet portal «regulation.gov.ru» to facilitate their searching; on the mandatory drafting of current and future plans of law-making activity of the authorities alongside with their publication for public information (except for plans of drafting of documents constituting a state secret, etc.), which, among other measures will help to solve the problem of the insufficient popularity of public discussion procedures. It is concluded that public discussion should become an obligatory element of the law-making process.



Keywords

public discussion; draft normative legal act; public evaluation; public control; civil society; initiative; law-making; planning of law-making activity, Law on normative legal acts.

Citation: Chernogor N.N., Zaloilo M.V. (2018) Improving Legal Regulation of Public Discussion of the Draft. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 74–92 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.74.92



References

Abramova A.I. (2012) Aktual'nye problemy planirovaniya zakonodatel'noy deyatel'nosti [Issues of planning legislative activity]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 3, pp. 41–50.

Chaplinskiy A.V., Plaksin S.M. (2017) Zakonoproektnaya deyatel'nost' Pravitel'stva Rossiyskoy Federatsii [Legislative activity of the Russian government]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 10, pp. 43–46.

Didikin A.B. (2015) Pravovye formy uchastiya grazhdan v obshchestvennom kontrole [Civil participation in public control]. *Grazhdanskoe obshchestvo v Rossii i za rubezhom*, no 1, pp. 21–24.

Dzidzoev R.M., Tamaev A.M. (2015) Obshchestvennoe (publichnoe) obsuzhdenie proektov zakonodatel'nykh i inykh normativnykh pravovykh aktov v formate otkrytogo pravitel'stva [Public discussion of legislative drafts in the open government format]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 8, pp. 66–70.

Kamenskaya E.V. (2017) Modernizatsiya pravotvorchestva: osnovnye tendentsii [Modernizing lawmaking: trends]. *Vestnik Moskovskogo universiteta of S.Yu. Vitte. Seriya 2: Yuridicheskie nauki*, no 1, pp. 3–8.

Kaz'mina E.A. (2016) Obshchestvennoe obsuzhdenie proektov normativnykh pravovykh aktov v kontekste razvitiya elektronnoy demokratii [Public discussion of drafts and legal acts in e-democracy era]. *Akademicheskii yuridicheskii zhurnal*, no 1, pp. 10–14.

Khabrieva T.Ya. (2015) Sovremennoe pravotvorchestvo i zadachi yuridicheskoy nauki [Modern law-making and objectives of legal science]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 5–13.

Kuryachaya M.M. (2012) Tekhnologiya kraudsorsinga v yuridicheskoy praktike [Crowdsourcing in legal practice]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 6, pp. 31–38.

Larina N.V. (2016) Obshchestvennoe obsuzhdenie proektov normativnykh pravovykh aktov: kratkiy analiz regulirovaniya na urovne sub"ektov Rossiyskoy Federatsii [Public discussion of normative legal act drafts: the outline of the regulation in Russia]. *Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie*, no 1, pp. 8–13.

Lipchanskaya M.A. (2011) Obshchestvennoe obsuzhdenie zakonoproektov kak forma uchastiya grazhdan Rossiyskoy Federatsii v upravlenii delami gosudarstva [Public discussion of drafts as an involvement of RF citizens in state affairs]. *Pravovaya politika i pravovaya zhizn'*, no 2, pp. 12–18.

Khabrieva T.Ya., Tikhomirov Yu.A. (eds.) (2015) *Nauchnye kontseptsii razvitiya rossiyskogo zakonodatel'stva* [Concepts of development of Russian legislation]. Moscow: Yurisprudentsiya, 544 p. (in Russian)

Sivitskiy V.A. (2014) Obshchestvennoe obsuzhdenie zakonoproektov: demokratiya ili gosudarstvennyy ratsionalizm [Public hearing of drafts]. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 8, pp. 393–396.

Sokolova M.A. (2016) *Defekty yuridicheskikh dokumentov* [Defects of legal documents]. Moscow: Yurisprudentsiya, 160 p. (in Russian)

Tamaev A.M. (2017) *Otkrytoe pravitel'stvo v Rossii: konstitutsionno-pravovye aspekty*. Diss. ...kand. jurid. nauk. [Open government in Russia: constitutional law aspects. Candidate of juridical sciences thesis]. Vladikavkaz, 200 p.

Tikhomirov Yu.A., Rafalyuk E.E., Khludeneva N.I. (eds.) (2014) *Pravovye modeli i real'nost'* [Legal models and reality]. Moscow: INFRA-M, 280 p. (in Russian)

Реформирование бюджетной системы Российской Федерации и его особенности в сложноустроенных субъектах: формирование нормативно-правовой основы



А.С. Емельянов

доцент, ведущий научный сотрудник Института публично-правовых исследований, доктор юридических наук. Адрес: 625049, Российская Федерация, Тюмень, Московский тракт, 131, кв. 25. E-mail: emelyanoff74@mail.ru



Аннотация

Переход России в начале 90-х годов прошлого века к рыночным отношениям и современным принципам организации публичной власти существенно изменил содержание государственного планирования, но не упразднил его. Даже в самые кризисные 1990–1993 годы процесс социально-экономического планирования на уровне Правительства Российской Федерации развивался более чем интенсивно. За эти годы было принято более 100 государственных программ различного рода. Начиная с принятия и вступления в силу ныне действующего Бюджетного кодекса Российской Федерации, основной акцент в этом вопросе был сделан на реформировании бюджетной системы. Ее основным направлением стало внедрение программно-целевого подхода, предполагающего интеграцию финансового и социально-экономического планирования, обеспечение единства целеполагания на его кратко-, средне- и долгосрочном уровнях. Реформирование бюджетной системы России осуществляется на трех уровнях: федеральном, региональном и местном. Особенностью второго является то, что в 1990-х годах сформировался правовой феномен сложноустроенного субъекта федерации, требующий особого подхода к вопросам организации и осуществления бюджетного планирования. В первое десятилетие текущего века была предпринята попытка преодолеть данную проблему посредством укрупнения субъектов федерации, осуществлявшееся путем присоединения автономных округов к краям и областям, в состав которых они входили. Однако в силу ряда причин этого не сделали в отношении Тюменской области, входящих в ее состав Ханты-Мансийского автономного округа — Югры и Ямало-Ненецкого автономного округа, а также Архангельской области и входящего в ее состав Ненецкого автономного округа. Начало формирования уникального правового механизма взаимодействия указанных регионов в бюджетной сфере относится к 1990-м годам. Его научное осмысление тем ценнее, что именно он до настоящего времени в существенной степени обеспечивает стабильность российской экономики и бюджетной системы.



Ключевые слова

бюджетное законодательство, бюджет, сложноустроенный субъект, программно-целевой подход, бюджетная сфера, Концепция реформирования бюджетного процесса, бюджетная система, бюджетное устройство.

Библиографическое описание: Емельянов А.С. Реформирование бюджетной системы Российской Федерации и его особенности в сложноустроенных субъектах: формирование нормативно-правовой основы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 4. С. 93–111.

JEL: K 34; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.93.111

Становление современной российской бюджетной системы неразрывно связано с переходом от плановой модели хозяйствования к рыночной экономике. Суть первой наиболее точно была выражена в последней Конституции СССР 1977 года: «Экономика СССР составляет единый народнохозяйственный комплекс, охватывающий все звенья общественного производства, распределения и обмена на территории страны ... Руководство экономикой осуществляется на основе государственных планов экономического и социального развития, с учетом отраслевого и территориального принципов, при сочетании централизованного управления с хозяйственной самостоятельностью и инициативой предприятий, объединений и других организаций. При этом активно используются хозяйственный расчет, прибыль, себестоимость, другие экономические рычаги и стимулы» (ст. 16). Такой подход, с одной стороны, обеспечивал единство всех форм и уровней государственного планирования, главным образом в части целеполагания, с другой — предполагал размежевание финансового и социально-экономического планирования. Первое осуществлялось на краткосрочный период в рамках государственного бюджета финансовыми органами. Второе находилось в компетенции Госплана СССР и было рассчитано на средне- и долгосрочную перспективу.

В 1990-х годах ситуация кардинально изменилась. Российская экономика перестала считаться единым народнохозяйственным комплексом. На смену такому комплексу, существовавшему в советский период, пришел уклад, предполагавший множественность самостоятельных хозяйствующих субъектов с собственным целеполаганием. Государственное планирование также претерпело значительную дезорганизацию, которая была обусловлена тем, что (1) исчезла связь, обеспечивавшая единство целеполагания при бюджетном планировании финансовыми органами и социально-экономическим планировании Госпланом, а также (2) установилась диспропорция в

правовом режиме указанных видов государственного планирования. Бюджетное планирование осуществлялось в законодательной форме (федерального закона для федерального бюджета, законов субъектов федерации для региональных бюджетов, актов представительных органов местного самоуправления для муниципальных бюджетов), в то время как социально-экономическое планирование осталось исключительно в сфере компетенции исполнительных органов государственной власти и исполнительно-распорядительных органов местного самоуправления.

Необходимо подчеркнуть, что плановость не является отличительной чертой модели хозяйства, которая существовала в СССР. Она совместима и с рыночной экономикой (иными словами, с капитализмом). Современный капитализм пережил существенную трансформацию, отказавшись от анархии производства и власти стихии в стиле французского мыслителя В. Гурнэ, некогда провозгласившего: «*Laissez faire, laissez passer*». Странники плановости в капиталистическом хозяйстве исходят из того, что понятие планирования охватывает любое сознательное направление человеческой энергии для достижения разумной цели¹. Для них это — естественное свойство человеческого поведения, которое присуще любому типу хозяйства. Противопоставление планирования бесплановости является бессмысленным. Различные экономические системы отличаются друг от друга не наличием или отсутствием плановости в экономической деятельности, а задачами, объемом, техникой и организацией планирования, его формами и уровнем, на котором оно осуществляется. Норвежский исследователь В. Кейльхау подчеркивал, что не существует и никогда не существовало беспланового хозяйства. Каждое хозяйство предполагает наличие некоего плана².

Сложившаяся в 1990-х годах несогласованность финансового (бюджетного) и социально-экономического планирования была обусловлена целым рядом факторов, среди которых наиболее значимым выступает разрыв общесоюзных кооперационных связей. Не меньшее значение имеет несоответствие советского законодательства трансформировавшимся общественным отношениям. В свою очередь, негативные явления в области финансового (бюджетного) и социально-экономического планирования были в наименьшей степени результатом внедрения рыночных механизмов хозяйствования. В это время российская экономика нуждалась в преодолении всего комплекса последствий произошедшего изменения общественной жизни. В целях устранения указанных выше изъянов в организации государственного планирования уже тогда началась масштабная бюджетная реформа. Первым ее

¹ См.: *Lorwin L. Time for Planning. A Social Economic Theory and Program for Twentieth Century.* N.Y., 1945. P. 12.

² См.: *Keilhau W. Principles of Private and Public Planning.* London, 1951. P. 16.

этапом стала кодификация бюджетного законодательства, выразившаяся в принятии действующего Бюджетного кодекса Российской Федерации (далее — БК РФ). При его принятии был реализован подход, в соответствии с которым бюджетное законодательство регулирует лишь отношения между различными государственными и муниципальными органами, возникающие в связи с формированием и исполнением бюджетов всех уровней, не затрагивая непосредственно каких-либо прав и обязанностей организаций и граждан, т.е. юридических и физических лиц³.

Структура нового бюджетного законодательства стала в полной мере определяться федеративным устройством России и существованием в ней местного самоуправления. Таким образом, в его составе выделяется три уровня: 1) федеральное бюджетное законодательство; 2) бюджетное законодательство субъекта федерации; 3) муниципальные правовые акты, регулирующие бюджетные отношения. В последнем случае о законодательстве приходится говорить лишь условно, поскольку на уровне местного самоуправления законодательные акты не принимаются, решения представительных органов местного самоуправления к их числу не относятся. Однако законодатель допустил применение термина «законодательство» к местному уровню не только применительно к бюджетной сфере, но и, например, в Налоговом кодексе России. Распределение законотворческих полномочий в области бюджета между Российской Федерацией, ее субъектами и муниципальными образованиями установлено конституционными нормами, нормами бюджетного законодательства, а также иных федеральных законов (например, Федерального закона от 25.09.1997 №126-ФЗ «О финансовых основах местного самоуправления в Российской Федерации»)⁴.

Следует подчеркнуть, что существует и иной подход к вопросу о начале бюджетной реформы. Так, Д.Л. Комягин пишет: «Начало бюджетной реформы в Российской Федерации связано с преобразованием Союза ССР в Российскую Федерацию. Бюджетная реформа не осуществляется изолированно, а является ядром более масштабной финансовой реформы, непосредственно связана с административной реформой, с военной реформой и иными преобразовательными процессами»⁵. Соглашаясь в данной позиции по существу — в части интегрированности бюджетной реформы в более широкий процесс, в рамках которого и был осуществлен переход от СССР к современной Российской Федерации и от планового хозяйствования к рыноч-

³ См.: Постатейный комментарий к Бюджетному кодексу Российской Федерации / под ред. А.Н. Козырина. М., 2002. С. 7.

⁴ См.: Козырин А.Н. Бюджетное законодательство: научно-практический комментарий ст. 2 Бюджетного кодекса Российской Федерации // Реформы и право. 2007. № 1. С. 14.

⁵ Комягин Д.Л. Российские бюджетные реформы: из прошлого в будущее // Реформы и право. 2014. № 1. С. 57.

ной экономике, — нельзя не обратить внимания на то, что формирование бюджетного законодательства, действовавшего в начале 1990-х годов, было весьма спонтанным. Подлинная концептуальная основа реформирования бюджетной системы появляется только при разработке проекта Бюджетного кодекса. При этом в реформировании отечественной бюджетной системы следует выделить три этапа, между которыми и было распределено решение основных задач: 1998–2001 гг.; 2004–2006 гг.; 2009–2012 гг.

Основная задача первого этапа состояла в систематизации бюджетного законодательства в форме кодификации. С незначительными оговорками она может считаться решенной, поскольку Бюджетный кодекс был принят и вступил в силу, а региональное законодательство и муниципальные правовые акты приведены в соответствие с ним.

Следующая задача, решение которой приходится на первые десятилетия текущего века, состоит в становлении системы программно-целевого планирования на всех уровнях публичной власти и формировании ее нормативной базы в качестве средства, позволяющего обеспечить единство целеполагания, а также согласованность кратко-, средне- и долгосрочного планирований. Однако до настоящего времени в полной мере потенциал этой системы реализован не был, что прежде всего выразилось в крайне незначительной доле бюджетных ресурсов страны, используемых с применением программно-целевого метода. Кроме того, практика выявила множество правовых проблем (коллизий и пробелов), возникающих на стыке категорий «программа — бюджет», в том числе связанных с согласованностью процессов социально-экономического и бюджетного планирований; с обеспечением полного финансирования бюджетных программ, включая софинансирование из бюджетов различных уровней, с аудитом эффективности реализации программ и т.п.

Направления бюджетной реформы по внедрению программно-целевого метода были согласованы с программным документом административной реформы (см.: Концепция административной реформы в Российской Федерации в 2006–2010 годах и План мероприятий по проведению административной реформы в Российской Федерации в 2006–2010 годах, одобренные распоряжением Правительства Российской Федерации от 25.10. 2005 № 1789-р). В них указано, что в органах исполнительной власти должны быть внедрены принципы и процедуры управления, ориентированного на результат.

На втором этапе основным направлением бюджетной реформы провозглашалось внедрение в бюджетную деятельность органов государства и местного самоуправления программно-целевого подхода. На законодательном уровне это сопровождалось принятием и вступлением в силу Феде-

рального закона 26.04.2007 № 63-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации и приведении в соответствие с бюджетным законодательством Российской Федерации отдельных законодательных актов Российской Федерации». Указанным законом помимо собственно трансформации бюджетного процесса также были изменены: состав бюджетных полномочий федерации, ее субъектов и муниципальных образований, бюджетная классификация, состав и содержание принципов федеральной бюджетной системы, доходов и расходов российского бюджета, источников финансирования дефицита, установлены особенности использования нефтегазовых доходов федерального бюджета. Что касается непосредственно программно-целевого подхода в бюджетной деятельности государства и местного самоуправления, то предусматривалось, в частности: 1) внедрение элементов среднесрочного финансового планирования в бюджетный процесс, выразившееся в установлении понятия «плановый период» (т.е. два финансовых года, следующих за текущим финансовым годом) и в необходимости учитывать целевые программы различного уровня в бюджетном планировании; 2) определение понятий «расходное обязательство» и «бюджетное обязательство», которые легли в основу понятийно-категориального аппарата программно-целевого подхода, реализуемого в отечественном бюджетном законодательстве. Внесенные изменения федерального законодательства обусловили приведение в соответствие с ним законодательства субъектов федерации и муниципальных правовых актов. К примеру, в законодательство Тюменской области такие изменения были внесены Законом от 26.09.2007 №25 «О внесении изменений в Закон Тюменской области «О бюджетном процессе Тюменской области».

К сожалению, законодательное обеспечение бюджетной реформы на первом этапе не создало всех необходимых условий формирования современного механизма программно-целевого государственного и муниципального бюджетирования. Указанные выше изменения, внесенные в бюджетное законодательство на федеральном, региональном и местном уровнях, не позволили решить основную задачу, поставленную в рамках реформирования отечественной бюджетной системы — не были обеспечены интеграция среднесрочного финансового планирования в бюджетный процесс и учет стратегических планов в бюджетной деятельности. Реформа фактически не затронула правовую основу государственного социально-экономического планирования, формирования и реализации государственных и муниципальных целевых программ. Так, ее составляли нормативные правовые акты, принятые до вступления в силу Бюджетного кодекса в первоначальной редакции: Федеральный закон от 20.07.1995 № 115-ФЗ «О государственном прогнозировании и программах социально-экономического развития

Российской Федерации» и «Порядок разработки и реализации федеральных целевых программ и межгосударственных целевых программ, в осуществлении которых участвует Российская Федерация» (утв. Постановлением Правительства России от 26.06.1995 № 594).

Реализация третьего этапа бюджетной реформы началась с утверждения Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года (далее — Концепция). В соответствии с распоряжением Правительства России от 17.11. 2008 № 1663-р период 2009–2012 гг. был признан первым этапом ее реализации. Указанное распоряжение предусматривает, что документы, определяющие действия Правительства России на долгосрочную, среднесрочную и краткосрочную перспективу, должны содержать четкую, комплексную и непротиворечивую систему целей. Необходим федеральный закон, определяющий процедуры взаимодействия и полномочия всех уровней государственной власти и местного самоуправления по выработке и реализации таких целей. Предстоит сформировать сквозную систему документов долгосрочного и среднесрочного программно-целевого управления, на которой будут базироваться принятие расходных обязательств России и формирование федерального бюджета.

В целях реализации указанных программных положений был принят Федеральный закон от 28.06.2014 № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации», который направлен на правовое закрепление системы государственного стратегического планирования, включающей государственное прогнозирование, программно-целевое и территориальное планирование, а также мониторинг реализации документов государственного стратегического планирования.

Отдельные элементы программно-целевого подхода нашли закрепление также в Федеральном законе от 5.04. 2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд». Так, в соответствии со ст. 13 Закона, цель осуществления таких закупок состоит в реализации мероприятий, предусмотренных федеральными государственными программами (в том числе федеральными целевыми программами, иными документами стратегического и программно-целевого планирования Российской Федерации), государственными программами ее субъектов (в том числе региональными целевыми программами, иными документами стратегического и программно-целевого планирования субъектов), муниципальными программами.

Условием реализации бюджетной реформы в части внедрения программно-целевого подхода также стало внесение в действующее законодательство изменений, связанных с совершенствованием организационно-правовых

форм государственных и муниципальных организаций, предусматривающих выделение трех типов государственных (муниципальных) учреждений (казенных, бюджетных, автономных) в зависимости от реализуемых ими функций. Кроме того совершенствование бюджетного процесса на основе программно-целевого подхода обусловило новый ряд изменений в федеральном бюджетном законодательстве, которые, в первую очередь, затронули бюджетную классификацию, государственные и муниципальные расходы, связанные с закупками товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, межбюджетные отношения, внешние заимствования субъектов федерации. Кроме того, была определена бюджетно-правовая основа формирования и реализации государственных программ России и ее субъектов, а также муниципальных программ.

Вместе с тем совершенствование отечественного бюджетного процесса на основе внедрения программно-целевого подхода не может считаться завершенным. Об этом безусловно свидетельствовало Бюджетное послание Президента Российской Федерации «О бюджетной политике в 2014–2016 гг.», в котором были поставлены новые цели и задачи в этой сфере, главная из которых состояла в окончательном переходе на программно-целевой метод бюджетной детальности государства и местного самоуправления. Однако применительно к 2016 году был сделан даже шаг назад в этом вопросе. В силу внешних обстоятельств Федеральный закон, утвердивший федеральный бюджет на этот год, не предполагал планового периода. Вместе с тем уже в 2017 году практика среднесрочного бюджетного планирования была восстановлена.

К настоящему времени практика внесения систематических изменений в бюджетное законодательство может считаться устоявшейся. Они могут быть незначительными, а могут предполагать существенную трансформацию отдельных направлений бюджетной деятельности государства и местного самоуправления. В последние годы к числу таких следует отнести изменения, внесенные федеральными законами от 15.02.2016 № 23-ФЗ и 30.11.2016 № 409-ФЗ, преобразовавшие механизмы межбюджетных трансфертов и покрытия бюджетного дефицита, а также федеральными законами от 3.07.2016 № 344-ФЗ и 345-ФЗ, существенно трансформировавшими субъектный состав бюджетного процесса; в частности, полномочия Федеральной службы финансово-бюджетного надзора были переданы Федеральному казначейству, а к числу участников бюджетного процесса наряду с кредитными организациями были отнесены клиринговые организации и депозитарии.

Интересно, что из первоначальной редакции Бюджетного кодекса продолжают действовать только ст. 4 «Бюджетное законодательство и нормы международного права», ст. 37 «Принцип достоверности бюджета» и ст. 307

«Введение в действие настоящего Кодекса». Бюджетный кодекс содержит значительный объем отмененных и вновь введенных статей, имеет сложную нумерацию, что позволяет ставить вопрос не о внесении очередных изменений в кодекс, а о его изложении в новой редакции⁶.

Успешное завершение реформирования бюджетной системы РФ, предполагающее, в первую очередь, внедрение программно-целевого подхода в бюджетную деятельность, возможно только при условии решения на доктринальном и законодательном уровнях следующих задач: (1) разработка юридического инструментария реализации такого принципа отечественной бюджетной системы, как эффективность использования бюджетных средств; (2) установление оптимальной степени интеграции среднесрочного планирования в бюджетный процесс; (3) определение бюджетно-правовой природы программно-целевых актов и расходных обязательств. Каждый из указанных вопросов требует самостоятельного исследования и серьезной научной дискуссии. Формат настоящей статьи не позволяет дать обоснованного ответа на них, поэтому ограничимся общим обзором научных позиций в соответствующей области знаний.

До настоящего времени как в общей теории права, так и в теории финансового и бюджетного права не существует единого подхода к пониманию принципа права, в том числе и в части принципов бюджетного права. Так, еще в 2001 году Ю.А. Крохина писала, что «... дефиниций принципов права имеется около сорока, что со всей очевидностью ставит перед общей теорией вопрос о необходимости систематизации всех признаков данного понятия...»⁷. На данное обстоятельство указывалось и в дальнейшем⁸. Однако принципиально ситуация не изменилась и в наши дни. Вместе с тем нерешенность проблемы понятия и сущности базовых принципов права, в том числе финансового и бюджетного, порождает неопределенность в содержании вторичных его принципов, в частности, принципа эффективности использования бюджетных средств. В свою очередь, это не позволяет полноценно перейти к этапу разработки юридического инструментария. Признание на законодательном уровне того, что экономическая и организационная составляющие инструментария реализации рассматриваемого принципа основаны на программно-целевом подходе, дает возможность некоторым специалистам в области финансового права ставить вопрос о пересмотре самой его сущности и включении в его содержание не только

⁶ См.: Артюхин Р.Е. Вопросы развития бюджетного права // Реформы и право. 2012. № 3. С. 15–16.

⁷ Крохина Ю.А. Бюджетное право и бюджетный федерализм. М., 2001. С. 29.

⁸ См., напр.: Соколова Э.Д. Система принципов финансового права // Финансовое право. 2012. № 8. С. 7.

понятия эффективности, но и понятия результативности⁹. Признавая допустимость такого подхода, в то же время считаем важным отметить: всякая дискуссия о содержании того или иного принципа отечественной бюджетной системы отодвигает решение вопроса о юридическом инструментарии его реализации. Это с точки зрения эффективности реформы является наиболее значимым.

В контексте настоящего исследования наибольший интерес представляет вопрос об интеграции среднесрочного и стратегического планирований в бюджетном процессе. Она может иметь различную степень в зависимости от сути подхода и правового статуса рассматриваемого явления. Возможны разные ее модели. Первый вариант — бюджетный процесс является организационно-правовой формой оперативного планирования, учитывающей среднесрочные планы социально-экономического развития и стратегические программы. Вторая модель возникает, если и когда на бюджетно-процессуальном уровне осуществляется оперативное и среднесрочное планирование, учитывающее стратегические программы, при этом сохраняются иные формы среднесрочного государственного и муниципального планирования. Наконец, третий вариант — бюджетный процесс признается единственной организационно-правовой формой оперативного и среднесрочного планирования, учитывающей стратегические программы социально-экономического развития государства и муниципальных образований.

Первый подход реализовывался в СССР и в Российской Федерации до начала формирования действующего бюджетного законодательства. Так, в советский период существовал государственный бюджет СССР, который включал в себя государственные бюджеты союзных республик, союзный (центральный) бюджет и бюджет социального страхования. Эта системы имела иерархический характер и была строго бездефицитна. После распада СССР баланс бюджетной системы был разрушен, и ее пришлось воссоздавать заново уже на условии значительно большей, чем в СССР, самостоятельности каждого бюджета¹⁰.

Относительная эффективность применения данной модели в Советском Союзе поддерживалась планово-распределительным характером советской экономики, при этом координирующую роль осуществлял Госплан СССР.

⁹ См., напр.: *Вершило Т.А.* Принцип результативности и эффективности использования бюджетных средств: правовые проблемы реализации // *Финансовое право.* 2013. № 5. С. 21–28; *Матненко А.С.* Правовое регулирование программно-целевого метода бюджетной деятельности: дис. ... д.ю.н. Омск, 2009. С. 15.

¹⁰ См., напр.: *Комягин Д.Л.* Система принципов бюджетного права: российское законодательство и научная доктрина // *Реформы и право.* 2012. № 4. С. 19–31; Он же. Бюджетное право России: бюджетное устройство и бюджетная система // *Публично-правовые исследования.* 2011. № 3–4. С. 115–135.

Однако имелись существенные изъяны, на которые было указано в совместном постановлении ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 12 июля 1979 года № 695 «Об улучшении планирования и усилении воздействия хозяйственного механизма на повышение эффективности производства и качества работы». Для их устранения нормативно была установлена обязанность Министерства финансов направлять в Госплан сводные расчеты (по основным показателям) доходов и расходов государственного бюджета СССР на пятилетие (с распределением по годам).

Само появление в бюджетном законодательстве понятия «плановый период» свидетельствует об отказе от первого подхода в пользу двух других моделей. Анализ действующего законодательства и вносимых Правительством России проектов федеральных законов не позволяет безусловно утверждать, какая именно модель избрана. Вместе с тем в научной литературе приводятся доводы в пользу третьего варианта, в том числе о необходимости увеличения планового периода до четырех лет, следующих после текущего финансового года, т.е. изменение бюджетного планирования с трехлетнего на пятилетнее, что позволит безоговорочно говорить о его среднесрочном характере¹¹.

Если рассмотренный выше вопрос остается открытым, то появление в федеральном бюджетном законодательстве института расходных обязательств является необходимой правовой предпосылкой внедрения в бюджетную деятельность программно-целевого подхода. Именно это определяет сущность бюджетной реформы, в ее рамках происходит трансформация бюджета как финансового плана из юридически доминирующей формы оперативного финансового планирования в подлинное средство, обеспечивающее решение задач финансового обеспечения долгосрочных обязательств государства и местного самоуправления. Начало этому процессу было положено сложившейся в 2002–2003 годах практикой Конституционного суда России. Программно-целевой подход в бюджетной деятельности предполагает формирование такого организационно-правового механизма, который будет обеспечивать единовременность реализации следующих условий: 1) целей, т.е. планируемых количественно и/или качественно измеримых результатов; 2) мероприятий; 3) исполнителей; 4) финансовых и иных ресурсов; 5) сроков достижения целей, осуществления мероприятия, выделения ресурсов; 6) критерии оценки результата, его соответствия установленным целям.

В научной литературе распространенной является позиция, в соответствии с которой признаками программно-целевого акта, отражающими его бюджетно-правовую природу, являются: 1) наличие в нем системы элементов программно-целевого метода (цели, мероприятия, исполнители, ресур-

¹¹ См.: Матненко А.С. Указ. соч. С. 36.

сы, сроки); 2) соответствие критериям расходного обязательства, установленным федеральным бюджетным законодательством¹². При этом необходимо признать обоснованным замечание, что «... затруднительно определить юридическую природу программно-целевых актов, несмотря на то, что они исходят от органов государственной власти и имеют конституционно и законодательно установленную форму. Оценивать их правовую природу только исходя из формы акта, которым они принимаются (утверждаются), мало приемлемо. Юридическое значение таких документов чаще бывает выше, чем это вытекает из используемой для придания им официального характера формы права. К таким актам вполне допустимо применение понятия «мягкое право», которое не является юридически обязательным, ибо при этом его значение в большой степени обусловлено авторитетом субъектов, их принимающих...»¹³. Приведенное высказывание целесообразно дополнить, указав, что именно закон (решение) о бюджете после включения в него делает указанные планы (программы) юридически обязательными. Таким образом, это означает, что программно-целевые акты и закон (решение) о бюджете как финансово-плановый акт следует рассматривать в качестве сложной правовой конструкции, которая обеспечивает трансформацию расходного обязательства в бюджетное, подлежащее обязательному исполнению.

Однако общая модель, выглядящая обоснованной в целом для отечественной бюджетной системы, требует ряда специальных уточнений. Так, реформирование данной системы осуществляется на трех уровнях: (1) федеральном, (2) региональном и (3) местном. Особенностью второго является то, что в 90-х годах прошлого века сформировался правовой феномен сложноустроенного субъекта федерации¹⁴, требующий особого подхода к вопросам организации и осуществления бюджетного планирования. В первое десятилетие текущего века была предпринята попытка преодолеть данную проблему при помощи укрупнения субъектов федерации, осуществлявшегося путем присоединения автономных округов к краям и областям, в состав которых они входили. Однако в силу ряда причин этого не было сделано в отношении Тюменской области с входящими в ее состав Ханты-Мансийском автономным округом — Югрой и Ямало-Ненецким автономным округом, а также Архангельской области с входящим в ее состав Ненецким автономным округом.

¹² Там же. С. 15.

¹³ Власенко Н.А. Кризис права: проблемы и подходы к решению // Журнал российского права. 2013. № 8. С. 51.

¹⁴ См., напр.: Кулешов Е. Особенности разграничения предметов ведения и полномочий в сложносоставных субъектах Федерации // Законодательство и экономика. 2005. № 10. С. 87–93; Брежнев О.В. Организация конституционного правосудия в сложносоставных субъектах Российской Федерации: проблемы и перспективы // Российская юстиция. 2016. № 3. С. 44–47 и др.

Асимметричность федеративного устройства России, которая выражается в большом количестве разностатусных субъектов, является историческим наследием советского периода. В этом качестве были признаны бывшие автономные советские социалистические республики, входившие в состав РСФСР, края, области, автономные области и автономные округа, а также города союзного подчинения (Москва и Санкт-Петербург). При подготовке проекта Конституции 1993 года его разработчики проигнорировали то обстоятельство, что отдельные автономные округа сами входили в состав краев и областей, что и повлекло появление указанного правового феномена.

Его становление и развитие происходило в 1990-х годах в рамках практики Конституционного суда России, неоднократно обращавшегося к этому вопросу¹⁵. Формируя свою правовую позицию, он указывал, что «... закрепленное Конституцией вхождение автономного округа в край (область) предполагает особую государственно-правовую связь между ними. Взаимоотношения автономного округа и края (области), в состав которого он входит, отличаются от их отношений с другими субъектами Федерации. Вхождение автономного округа в край (область) обязывает оба субъекта Федерации строить свои взаимоотношения с учетом исторически сложившихся на момент принятия действующей Конституции и не противоречащих ей государственно-правовых реалий. Оно предполагает определенное распространение на основе взаимного согласия и договоренностей юрисдикции органов государственной власти края (области) на территорию автономного округа. Край (область) и входящий в него автономный округ обязаны в интересах населения поддерживать сложившиеся территориальные экономические, политические, социальные, этнические и иные отношения посредством различных форм взаимодействия, включая перераспределение предметов ведения и полномочий, их делегирование, совместное осуществление, не допуская односторонних, не согласованных друг с другом действий в сфере общих интересов края (области) и автономного округа»¹⁶. В других актах им также признавалось, что «... вхождение одного субъекта Российской Федерации в состав другого является реальным лишь в том случае, если происходит включение его территории и населения в состав территории и населения

¹⁵ См., напр.: Постановление Конституционного Суда России от 14.07. 1997 № 12-П по делу о толковании содержащегося в части 4 статьи 66 Конституции Российской Федерации положения о вхождении автономного округа в состав края, области // СЗ РФ. 1997. № 29. Ст. 3581; Определение Конституционного Суда России от 17.07.1996 № 73-О // СЗ РФ. 1996. № 31. Ст. 3837; Определение Конституционного Суда России от 6.11.1997 № 107-О (официально опубликовано не было) // СПС Консультант Плюс; Определение Конституционного Суда от 6.11.1997 № 108-О (официально опубликовано не было) // СПС Консультант Плюс и др.

¹⁶ Определение Конституционного Суда России от 17.07. 1996 № 73-О // СЗ РФ. 1996. № 31. Ст. 3837.

другого субъекта. Именно включение территории и населения автономного округа в состав края, области отличает их взаимоотношения от отношений с другими субъектами Российской Федерации»¹⁷. Именно процитированные акты Конституционного Суда легли в основу рассматриваемого правового феномена сложноустроенных субъектов федерации.

Когда в 1993 году вступила в силу действующая Конституция, в состав федерации входили 21 республика, 6 краев, 49 областей, 2 города федерального значения, 1 автономная область и 10 автономных округов. В 2004–2008 годах число субъектов федерации было сокращено до 83 за счет объединения краев, областей и входящих в их состав автономных округов: был образован Пермский край как результат объединения Пермской области и Коми-Пермяцкого автономного округа; Красноярский край объединил Красноярский край, Таймырский (Долгано-Ненецкий) автономный округ и Эвенкийский автономный округ; в состав Камчатского края вошли Камчатская область и Корякский автономный округ; к Иркутской области был присоединен Усть-Ордынский Бурятский автономный округ; Забайкальский край был образован в результате объединения Читинской области и Агинского Бурятского автономного округа¹⁸. Также в 2014 году в состав федерации были приняты Республика Крым и город Севастополь. Таким образом, в настоящее время в составе Российской Федерации находится 85 субъектов: 22 республики, 9 краев, 46 областей, 3 города федерального значения, 1 автономная область и 4 автономных округа. Следует подчеркнуть, что автономные округа тоже имеют неодинаковый статус: Ханты-Мансийский и Ямало-Ненецкий входят в состав Тюменской области, Ненецкий — Архангельской, а Чукотский не входит в состав других субъектов Федерации.

Если рассмотреть обстоятельства укрупнения субъектов Федерации, то очевидным становится следующее обстоятельство. Во всех случаях успешного завершения этого процесса, будь то Забайкальский, Камчатский, Красноярский, Пермский края или Иркутская область, соответствующий край или область были более развиты в сравнении с фактически поглощенными ими автономными округами. На момент объединения Красноярский край, Иркутская, Камчатская, Пермская и Читинская области обладали удовлетворительной бюджетной обеспеченностью, в то время как в соответствующих автономных округах собственные доходы не могли покрыть минимального уровня бюджетных расходов. Совершенно противоположная ситуация

¹⁷ Постановление Конституционного Суда России от 14.07.1997 № 12-П по делу о толковании содержащегося в части 4 статьи 66 Конституции Российской Федерации положения о вхождении автономного округа в состав края, области // СЗ РФ. 1997. № 29. Ст. 3581.

¹⁸ См.: Федеральный конституционный закон от 21.06.2007 № 5-ФКЗ “Об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта в результате объединения Читинской области и Агинского Бурятского автономного округа” // СЗ РФ. № 30. Ст. 3745.

сложилась в двух оставшихся сложноустроенных субъектах Федерации — Тюменской области с входящими в нее Ханты-Мансийским (ХМАО) и Ямало-Ненецким (ЯНАО) автономными округами, а также Архангельской с входящим в нее Ненецким. Здесь автономные округа обзавелись собственным экономическим потенциалом, основанным на добыче углеводородного сырья. В связи с этим красноречивы результаты социально-экономического развития указанных субъектов федерации. Так, Ханты-Мансийский и Ямало-Ненецкий автономные округа по интегрированному рейтингу социально-экономического положения опережали Тюменскую область (ХМАО занимал третье место среди регионов России; ЯНАО — шестое место; в то время как Область — только седьмое). В Архангельской области и Ненецком автономном округе ситуация несколько иная: Область занимала 47-е место, а Округ — 51-е. Однако по наиболее интересному показателю, характеризующему эффективность экономики региона — отношению объема производства к численности населения, — именно Ненецкий автономный округ опережает остальные регионы. Такое положение в вопросе соотношения уровней социально-экономического развития рассмотренных автономных округов и областей, в состав которых они входят, является устойчивым в течение последних десятилетий.

Именно в этих регионах сложилась интересная практика межбюджетного сотрудничества, с одной стороны, основанная на программно-целевом подходе, а с другой, имеющая договорную, точнее квазидоговорную природу при отсутствии полноценной законодательной регламентации на федеральном уровне. Такая модель межрегионального сотрудничества получила правовое опосредование стихийно. В настоящее время она реализуется в отношениях между областями (Тюменская и Архангельская) и входящими в их состав автономными округами (Ханты-Мансийским, Ямало-Ненецким и Ненецким). Сторонами соответствующих соглашений выступают органы государственной власти области и органы государственной власти автономного округа (округов). Они заключаются и пролонгируются при участии как законодательной, так и исполнительной ветвей власти. На федеральном уровне правовой предпосылкой их заключения стала позиция Конституционного суда России, который при разрешении спора между Тюменской областью и входящими в ее состав Ханты-Мансийским и Ямало-Ненецким автономными округами о положениях Устава Тюменской области о вхождении в ее состав указанных округов определил, что: «... наиболее правильным в сложившейся ситуации урегулирование самими субъектами Российской Федерации имеющихся между ними разногласий, поскольку Конституция Российской Федерации отдает предпочтение именно этому основанному на

равноправии способу, и для такого решения вопроса имеются все необходимые предпосылки...»¹⁹.

Руководствуясь данной позицией Конституционного Суда России, органы государственной власти Тюменской области, Ханты-Мансийского автономного округа и Ямало-Ненецкого автономного округа в 1997 году сроком на пять лет заключили первый договор, опосредующий межбюджетное сотрудничество указанных регионов. Следующий договор между ними был заключен в 2004 году и в дальнейшем был неоднократно пролонгирован. В настоящее время его действие продлено до 2020 года. Первый Договор между органами государственной власти Архангельской области и Ненецкого автономного округа был заключен на два года еще в 1994 году, а затем в 1996 году был заключен Договор об отношениях между Архангельской областью и Ненецким автономным округом со сроком на четыре года. В дальнейшем такие договоры перезаключались сроком на один — два года.

Договорные модели организации межбюджетных отношений на региональном уровне, действующие в Тюменской и Архангельской областях, должны соответствовать положениям ст. 26.6 Федерального закона от 6.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», в которой закреплены принципы разграничения полномочий внутри сложноустроенных федеральных субъектов. Закон расширяет юрисдикционные пределы для области, включив в них вопросы, составляющие предмет совместного ведения федерации и ее субъектов (ст. 72 Конституции России), полномочия по которым «... на всей территории области...», включая территорию автономного округа, осуществляются органами государственной власти области, если иное не установлено федеральным законом. Органам государственной власти автономных округов остаются лишь полномочия по предметам ведения собственно субъекта Федерации (ст. 73 Конституции), если договором между ними и органами государственной власти области не будет установлено иное. При этом ряд полномочий по предметам совместного ведения может остаться у органов власти автономных округов, но только если органы власти области выразят согласие на заключение об этом договора с органами округа.



Библиография

Артюхин Р.Е. Вопросы развития бюджетного права // Реформы и право. 2012. № 3. С. 15–24.

¹⁹ Определение Конституционного Суда от 17.09.1996 № 73-О // СЗ РФ. 1996. № 31. Ст. 3837.

Брежнев О.В. Организация конституционного правосудия в сложносоставных субъектах Российской Федерации: проблемы и перспективы // Российская юстиция. 2016. № 3. С. 44–47.

Вершило Т.А. Принцип результативности и эффективности использования бюджетных средств: правовые проблемы реализации // Финансовое право. 2013. № 5. С. 21–28.

Власенко Н.А. Кризис права: проблемы и подходы к решению // Журнал российского права. 2013. № 8. С. 43–54.

Козырин А.Н. Бюджетное законодательство: научно-практический комментарий к ст. 2 Бюджетного кодекса Российской Федерации // Реформы и право. 2007. № 1. С. 14–18.

Комягин Д.Л. Бюджетное право России: бюджетное устройство и бюджетная система // Публично-правовые исследования. 2011. № 3–4. С. 115–135.

Комягин Д.Л. Российские бюджетные реформы: из прошлого в будущее // Реформы и право. 2014. № 1. С. 57–65.

Комягин Д.Л. Система принципов бюджетного права: российское законодательство и научная доктрина // Реформы и право. 2012. № 4. С. 19–31.

Крохина Ю.А. Бюджетное право и бюджетный федерализм. М.: Норма, 2001. 352 с.
Кулешов Е. Особенности разграничения предметов ведения и полномочий в сложносоставных субъектах Федерации // Законодательство и экономика. 2005. № 10. С. 87–93.

Матненко А.С. Правовое регулирование программно-целевого метода бюджетной деятельности: дис. ... д.ю.н. Омск, 2009. 248 с.

Постатейный комментарий к Бюджетному кодексу Российской Федерации / под ред. А.Н. Козырина. М.: ЭКАР, 2002. 672 с.

Соколова Э.Д. Система принципов финансового права // Финансовое право. 2012. № 8. С. 7–8.

Keilhau W. Principles of Private and Public Planning. London: Allen & Unwin, 1951. 331 p.

Lorwin L. Time for Planning. A Social Economic Theory and Program For Twentieth Century. N.Y.: Harper, 1945. 281 p.

Reforming Budgetary System of Russia and its Features in Complex Subordinate Entities: Forming Legal Base



Andrey Emelyanov

Associate Professor, Leading Research Fellow, Institute of Public Law, Doctor of Juridical Sciences. Address: 131 Moskovskiy Trakt, Tyumen' 625049, Russian Federation. E-mail: emelyanoff74@mail.ru



Abstract

In Russia, 1990s have seen a hard process of transfer to market relations and to the modern principles of organizing public power, which affected seriously, but not abolished content of state planning. Even in the most crisis prone period of national development, which has occurred between 1990 and 1993, the process of social and economic planning at the level of the federal government developed fast. More than a hundred state

programs were adopted in those years. The contemporary Budgetary Code had focused on reforming the budget system to integrate it. Its main objectives were program-oriented approach, ensuring the goal-oriented approach at its short-, mid- and long-term levels. Organizationally, the reform developed at three stages: 1) federal, 2) regional and 3) local. The specifics of the second one are that in the phenomenon of complex subordinate entity having emerged in the 1990s. These entities had required, in particular, a special approach to organizing and performing budgetary planning. The first decade of the 21st century saw an attempt to find a solution of the issue by the enlargement of some Russian Federation subordinate entities by attaching autonomous regions to *krais* and *oblasts*. However, due to a number of causes, it was not made with the Khanty-Mansiysk district / Yugra within Tyumen oblast and the Yamalo Nenets district still within Arkhangelsk oblast. As early as in the 1990s, a unique mechanism of the interaction of the regions in budgetary sphere started its formation. The research of the mechanism is of value as it serves as a guarantor of the Russian economy and budgetary system in 21st century.



Keywords

budgetary legislation, budget, complex federal subordinate entity, program-oriented approach, budget sphere, conception of budgetary process reformation, budgetary system, budgetary regime.

Citation: Emelyanov A.S. (2018) Reforming Budgetary System in Russia and its Features in Complex Subordinated Entities: Forming Legal Base. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 93–111 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.93.111



References

Artyukhin R.E. (2012) Voprosy razvitiya byudzhetnogo prava [The development of budgetary law]. *Reformy i pravo*, no 3, pp. 15–24.

Brezhnev O.V. (2016) Organizatsiya konstitutsionnogo pravosudiya v slozhnosostavnykh sub"ektakh Rossiyskoy Federatsii: problemy i perspektivy [Organizing constitutional justice in complex federal subordinate entities]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 3, pp. 44–47.

Keilhau W. (1951) *Principles of Private and Public Planning*. London: Allen Unwin, 331 p.

Komyagin D.L. (2011) Byudzhetnoe pravo Rossii: byudzhetnoe ustroystvo i byudzhetnaya sistema [Russian budgetary law]. *Publichno-pravovye issledovaniya*, no 3–4, pp. 115–135.

Komyagin D.L. (2014) Rossiyskie byudzhetnye reformy: iz proshlogo v budushchee [Russian budgetary reforms: from past to future]. *Reformy i pravo*, no 1, pp. 57–65.

Komyagin D.L. (2012) Sistema printsipov byudzhetnogo prava: rossiyskoe zakonodatel'stvo i nauchnaya doktrina [Budgetary law principles: Russian legislation and doctrine]. *Reformy i pravo*, no 4, pp. 19–31.

Kozyrin A.N. (2007) Byudzhetnoe zakonodatel'stvo: nauchno-prakticheskiy kommentariy st. 2 Byudzhetnogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii [Budgetary legislation: commentary to Russian Budgetary Code Article 2]. *Reformy i pravo*, no 1, pp. 14–18.

Kozyrin A.N. (ed.) (2002) *Postateynny kommentariy k Byudzhetnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Article-by-article commentary to the Budgetary Code]. Moscow: EKAR, 672 p. (in Russian)

Krokhina Yu. A. (2001) *Byudzhetnoe pravo i byudzhetnyy federalizm* [Budgetary law and budgetary federalism]. Moscow: Norma, 352 p. (in Russian)

Kuleshov E. (2005) Osobennosti razgranicheniya predmetov vedeniya i polnomochiy v slozhnosostavnykh sub"ektakh Federatsii [Subject matter and administration and powers in complex federal subordinate entities]. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 10, pp. 87–93.

Lorwin L. (1945) *Time for Planning. A Social Economic Theory and Program for Twentieth Century*. N.Y. and L.: Harper, 281 p.

Matnenko A.S. (2009) *Pravovoe regulirovanie programmno-tselevogo metoda byudzhety noy deyatel'nosti. Diss... doktor jurid. nauk.* [Legal regulation of program-oriented method of budgeting. Doctor of juridical sciences thesis]. Omsk, 248 p.

Sokolova E.D. (2012) Sistema printsipov finansovogo prava [Financial law principles]. *Finansovoe pravo*, no 8, pp. 7–8.

Vershilo T.A. (2013) Printsip rezul'tativnosti i effektivnosti ispol'zovaniya byudzhety nykh sredstv: pravovye problemy realizatsii [Delivery and efficiency in applying budgetary funds: issues of application]. *Finansovoe pravo*, no 5, pp. 21–28.

Vlasenko N.A. (2013) Krizis prava: problemy i podkhody k resheniyu [Crisis of law: problems and approaches to solution]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 43–54.

Forfeit in the Russian Tax Law¹

 **Alexander Kozyrin**

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

Abstract

This article examines one of the issues of the Russian tax law, namely, the issue of accurate definition of forfeit under the legislation on taxes and charges. The paper analyses the change in the legal nature of forfeit under the Russian tax legislation, from the measure of responsibility for violation of tax legislation in the 1990s to the means of securing discharge of tax duty (with the entry into force of the Tax Code of the Russian Federation in 1999). The research identifies the reasons of the alteration of the forfeit definition under Russian tax law and assesses their consequences for maintaining the balance of public and private interests in tax law. In accordance with current tax legislation the forfeit is charged with the goal of securing the performance of tax duty, which it (the forfeit) cannot fulfill due to the lack of appropriate material resources. Unlike bank guarantee, a suretyship and pledge of property, the forfeit does not guarantee compensation of the potential amount of the tax arrears, and as defined by the Constitutional Court of Russia, the forfeit is a restorative measure of a compulsory nature, which compensates to the budget system of the Russia untimely and incomplete payment of taxes. With the change in approaches to the definition of forfeit in tax law, there is a situation where three branches of legislation — tax, budget and customs — provide different definitions of forfeit. Obviously, this circumstance in Russian legislation cannot be considered satisfactory. The article addresses matters related to the novel legislations, which amended the rules of calculation of forfeit for the taxpayers — organizations and individuals. The new rules for calculation of forfeit for tax arrears created by the organizations are aimed at making the long delay with the payment of taxes as unfavorable as possible. The changes that took place in 2017 in the system of public finance management in Russia and the establishment of a single fiscal channel that combined taxes, customs payments and insurance contributions make it necessary to take a fresh look at the relationship between the institute of securing the performance of tax duty and the institute of securing payment of customs duties and taxes in accordance with the customs legislation of the EAEU. On the base of a comparative method, author compares the means of securing payment of customs duties and approaches on defining the forfeit charged for untimely payment of customs duties and taxes in all EAEU member states. The research formulates proposals on improving legislation regarding tax relations for the computation and payment of forfeit.

¹ The article was prepared within Academic Fund Program at the National Research University Higher School of Economics in 2017-2018 (grant №17-01-0063) and supported within a subsidy granted to the HSE by the Government of the Russian Federation for implementation of the Global Competitiveness Program.



Keywords

tax law; fiscal principle; balance of public and private interests; tax duty; securing performance of tax duty; measure of responsibility for violation of tax rules.

Citation: Kozyrin A.N. (2018) Forfeit in the Russian Tax Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 112–127 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.112.127

Introduction

The thesis about importance of tax revenues for the state and society hardly needs argumentation. Its obviousness is not in anyone's doubt, and the history of a few attempts of individual states to abolish taxes on their territory are among the historical curiosities.

The tax is the same fundamental feature of the state as its population, territory and public authority. By exercising tax sovereignty on its territory, the state establishes taxes and forms tax legislation, one of the principles of which is fiscalism.

The Principle of Balanced Fiscalism and the Achievement of a Balance between Public and Private Interests in Tax Law

The modern Russian taxation policy and the legislation on taxes and charges are distinguished by balanced fiscalism, which, on the one hand, is aimed at ensuring the state needs, including covering government expenditures for activities carried out within the framework of social policy, and on the other hand, takes into account legitimate interests of taxpayers, contributes to the creation of a favorable economic climate for development of entrepreneurship, attracting foreign investors to Russia.

The balance of public and private interests in the execution of state regulation, including taxation issues, is, in the words of the Constitutional Court of Russia Federation, “constitutionally protected values”. In its Decision of July 14, 2005 No. 9-P the Constitutional Court substantiated in the following words the need to achieve a balance between public and private interests in the securing of the constitutional duty relating to payment of taxes: “As an interference in the field of private property, taxes are an example of intrusion into the field of fundamental rights. At the same time, the constitutional duty to pay taxes is unconditional and binding. Based on the constitutional law, the purpose of the constitutional obligation to pay taxes is to raise funds that are necessary for public legal entities to cover public expenditures while simultaneously taking into account the private-law interests of taxpayers as an independent constitutional value. The search for an equilibrium between these two constitutional values is designed to ensure a constitutional duty

to pay taxes”. The Constitutional Court of the Russian Federation also adhered to this position in its subsequent decisions (Decision of March 24, 2017 No. 9-P, Decision of December 8, 2017 No. 39-P, etc.).

An Institute of Securing Performance of Tax Duty

The institute of securing performance of tax duty is aimed at protecting the fiscal interests of the state with the concurrent observance of the legitimate interests of taxpayers.

The nature of this institute of tax law, its substantial heterogeneity are conditioned to the peculiarities of the subject of legal securing, namely, the nature of the securing of tax duty. The fiscal principle of tax law is directly related to the ultimate result of the securing performance of tax duty.

Russian constitutional law, by assigning for each person a duty to pay legally established taxes and charges (Article 57 of the Constitution of the Russian Federation), at the same time specifies that in order to enforce this public (constitutional) duty, the legislator has the right to establish measures of legal enforcement, which may not only be fine (measures of tax responsibility), but also restorative measures, which ensure the securing of constitutional duty of taxpayer on payment of taxes — the payment of arrears and reimbursements of damage from untimely and incomplete payment of tax (Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 15, 1999 No. 11-P).

The Tax Code of the Russian Federation, without giving a definition to the institute of securing performance of tax duty, contains an exhaustive list of means in which the performance of tax duties can be secured. Three groups of approaches are provided in this list.

The first group consists of means of voluntary securing discharge of tax duty, or means of securing the payment of tax. This includes a pledge of property, a suretyship and a bank guarantee². These means were adopted by the tax law from the civil law. However, in order to regulate tax relations, which include a pledge, a suretyship or a bank guarantee, norms of tax law are used. Norms of civil law can only be applied if this is directly stipulated by the legislation on taxes and charges. Boundaries of civil law regulation of relations on securing performance of tax duty with the use of a pledge, a suretyship or a bank guarantee are also established in the Civil Code of the Russian Federation, according to which civil law does not apply, unless otherwise provided by law, to property relations based on administrative

² The bank guarantee was not immediately included in the list of means of securing performance of tax duty contained in the Tax Code of the Russian Federation. It was added to the legislation on taxes and charges only in 2013, after it was very effectively used as a means of securing performance of duty with regard to customs duties.

or other authority subordination of one party to another, including tax relations. (Article 2 of the Civil Code of the Russian Federation).

The use of means of securing performance of tax duty represented in the first group is associated, as a rule, with a change of the period in the performance of the tax duty and granting to taxpayers of a deferral (installment plan) of payment of taxes.

The challenging situation in the Russian economy as a result of sanctions policy of Western countries makes Russian taxpayers apply more often than usual for permission to postpone the performance of the tax duty and, as a consequence, use the means provided by the legislation on taxes and charges for the means of securing performance of duty with regard to payment of tax and customs payments. Such a situation requires achieving an optimal balance of the fiscal interests of the state and the legitimate interests of taxpayers.

The second group is represented by means of securing performance of tax duty, having an imperious, public nature. It includes suspension of operations relating to bank accounts and attachment of property. These securing means, in contrast to the ones classified in the first group, correspond to the coercive order of securing performance of duty and relate not to the voluntary payment of tax but to its exaction.

If the use of a pledge of property, a suretyship and a bank guarantee as a means of securing performance of duty is aimed primarily at assurance of the material interests of the state, then the means combined in the second group, first of all, make the taxpayer to properly (in full and timely manner) perform its tax duty. In the case that the value of the arrested property or funds relating to accounts whose operations were suspended are comparable to the size of the arrears, then these securing tools can also effectively perform the function of guaranteeing the state's material interests.

The public legal nature of the coercive means of securing performance of tax duty presupposes the existence of complicated procedures for their application (for example, in case of arrest of property — existence of the prosecutor's authorization, the presence of witnesses, the guaranteed presence of the taxpayer or his representative in the inventory of the property subject to arrest, etc.).

In the special — the third group, one should allocate a forfeit. Its incorporation in the tax legislation as a means of securing performance of tax duty raises numerous questions.

Forfeit as a Means of Securing Performance of Tax Duty: Several Inconvenient Questions to the Russian Legislator

The first question: what forced the legislator to radically change the assessment of the legal nature of a forfeit in tax law?

As it is known, the forfeit in modern Russian law did not emerge as a means of securing performance of tax duty, but in a “traditional” form customary for it — as a measure of responsibility for violation of legislation: “A taxpayer who has violated tax legislation, in the cases prescribed by law, is liable in the form of: <...> c) collecting forfeits from the taxpayer in the event of a delay in payment of tax in the amount of 0.2 percent of the unpaid tax amount for each day of delay of payment, starting from the established period for payment of the detected delayed amount of tax, unless other forfeits are provided for by the law. Forfeit exaction does not exempt a taxpayer from other types of responsibility” (Article 13 of the Federal Law of December 27, 1991, No. 2118-1 “On the Foundation of the Tax System in the Russian Federation”). Thus, from 1991 to 1999, a forfeit in Russian tax law was a measure of responsibility for violation of tax law, and since 1999 it has evolved from a tax sanction into a means of securing performance of tax duty. Such metamorphosis, unfortunately, is not uncommon for Russian tax law³, and they obviously do not contribute to the formation of dogmatic tax law.

What prompted the legislator to such a radical change in his views on the legal nature of the forfeit?

We can assume that the change in the assessment of forfeit was contributed by the established at that time law enforcement practice. The tax legislation then in force in the 1990’s defined the forfeit as a measure of responsibility for violation of tax legislation, and did not focus attention on the *restorative* character of such responsibility, and it turned out that for the same violation of tax legislation, a measure of punitive responsibility was imposed on the taxpayer twice — by fine and forfeit. This interpretation of the nature of forfeit resulted in a violation of the legal principle of non bis in idem (not twice for the same thing). The Constitutional Court of Russian Federation, in its decisions, explicitly supported the inadmissibility of repetitively bringing to legal responsibility: “Deviation from this principle would lead to clearly excessive restrictions that do not correspond to the purposes of protecting constitutionally significant interests and, in fact, to belittling constitutional rights and freedoms” (p. 4 of the Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 15, 1999 No. 11-P). In the same Decision, the Constitutional Court of Russia defined a forfeit under the tax law as a restorative measure of a compulsory nature, with the help of which compensation for damage from untimely and incomplete payment of tax occurs. However, instead of clarifying the legal nature of the forfeit as a compulsory measure of a restorative nature, the legislator in the Tax Code of the Russian Federation transferred it to the institute of securing of tax duty, placing it line with a pledge, a suretyship and a bank guarantee.

³ Recall at least the “history” with the legal nature of the customs duty, which the legislator assigned from 1991 to 2005 to federal taxes, and then recognized its non-tax nature.

Did the legislator have any other solutions? It seems that yes. And one of them could be the development of financial sanctions doctrine of in tax and budget legislation. It has to be noted that the concepts of financial responsibility and financial sanctions actively used in Soviet financial law (both positive and doctrinal) continue to be applied in the current legislation. Numerous examples of the use of these concepts in Russian laws are discordant with the terminology of Russian tax law. For example, Federal Law No. 127-FZ of October 26, 2002 on Insolvency (Bankruptcy) in Article 4 stipulates that “property and (or) financial sanctions, including for failure to perform the duty to pay mandatory charges.” are not taken into account when determining the presence of signs of bankruptcy of the debtor. Federal Law No. 167-FZ of December 15, 2001 “On Compulsory Pension Insurance in the Russian Federation” establishes in its Article 17 that the budget of the Pension Fund of the Russian Federation is formed by “insurance contributions, federal budget funds, forfeits and other financial sanctions ...”⁴. Moreover, the recently issued Presidential Decree in the first place concerns the issue of “measures of financial responsibility”.⁵

Question two: how can a forfeit secure performance of a tax duty, if it does not guarantee the payment of arrears?

As can be seen from the definition provided by the Tax Code, a forfeit does not at all guarantee payment of arrears, but represents “the amount of money that a taxpayer must pay in the event that the amount of taxes due <...> is paid in later than the statutory tax and collections time” (Article 75 of the Tax Code of the Russian Federation). Being credited to the budget, the tax forfeit⁶ acts as a public budget revenue of the corresponding level, compensating for late payment of taxes and, as a consequence, a delay in the enrollment of tax revenues to the budget system of Russia.

Forfeit cannot secure the performance of tax duty and guarantee the receipt of tax in the budget revenue, since it does not form a material source that would compensate for the complete performance of by the taxpayer of its fiscal duty. This characteristic of forfeit radically distinguishes it from other means of securing performance of tax duty, each of which creates such a material source: the property of

⁴ This example becomes especially important as the Tax Code of the Russian Federation began to apply to insurance contributions from 2016. In the above quotation, it is easy to see that the forfeit is viewed as a variety of a financial sanction.

⁵ Decree of the President of the Russian Federation of January 16, 2017 No.13 “On the Approval of the Fundamentals of the state policy of regional development of the Russian Federation for the period until 2025”// SPS Consultant Plus.

⁶ In this case, we are forced to use the notion of a “tax forfeit” to distinguish a forfeit payable in accordance with the Tax Code of the Russian Federation from forfeit, payment of which is provided by the Budget Code of the Russian Federation for non-return or late payment of a budget loan (Article 306.5) and non-transfer or untimely transfer payments for the use of a budget loan (Article 306.6). The forfeit envisaged by the budget legislation will be discussed below.

the taxpayer — in case of pledge or arrest of a property, the guarantor's obligation to fulfill the tax obligation — in case of a suretyship, etc.

The specifics of the forfeit's legal nature in accordance with the current Russian tax legislation are demonstrated in the fact that a forfeit is paid in addition to the amounts due in respect of the tax due and irrespective of the use of other means to secure performance of duty with regard to payment of tax, as well as measures of responsibility for violation of legislation on taxes and charges. The application of a forfeit may be supplemented by the use of any other means of securing performance of tax duty. Moreover, repayment of the formed debts on payment of forfeits, in turn, is guaranteed by application of other means provided by the Tax Code (pledge, bank guarantee, suretyship).

The uniqueness of the forfeit lies in the fact that it is able to actually change the size of the fiscal duty of the taxpayer to the budget. With the payment of forfeits for the delay in the tax payment, the quantitative parameters of the tax duty increase in accordance with the principle of fiscalism. However, such an increase in the amount of the tax duty proves to be incapable of ensuring its full payment.

The third question, rhetorical: can this situation be considered normal in public law, when the legislation uses several different approaches to determining the forfeit for delay in payment of compulsory payments?

By changing the legal nature of the forfeit in tax law and turning it from a responsibility measure (sanction) into a means of securing performance of tax duty, the Russian legislator created an unusual depiction of the forfeit as a fiscal public instrument.

In the *budget legislation*, forfeit means a coercive measure for committing a budget violation. By Article 306.2 of the Budget Code of the Russian Federation budgetary coercive measures are applied to the person who committed a budget violation, among which is the unobjectionable collection of forfeits for late refund of budgetary funds.

In the *customs legislation*, a forfeit is a measure applied to a taxpayer (declarant) for non-payment or incomplete payment of customs duties and taxes (VAT and excises from goods imported into the customs territory) within the time limits established by legislation, at the stage of compulsory collection of customs payments (Article 151 of the Federal Law of November 27, 2010 No. 311-FZ "On Customs Regulation in the Russian Federation"). And at the same time, the forfeit is not included in the list of means to secure payment of customs duties and taxes: the latter in the customs law includes pledge of property, suretyship, bank guarantee and deposit of funds. Thus, on the one hand, it turns out that in respect of domestic VAT and excise tax forfeits are recognized as a means of securing performance of tax duty, however, on the other hand, it is possible to secure the payment of external VAT and excises (from goods imported into the customs territory) using means established by customs legislation, among which forfeit is not present.

Procedure for Calculation of Forfeit under the Russian Tax Code

In accordance with the Russian Tax Code the forfeit shall be calculated for each calendar day of delay of performance of the duty with regard to the payment of a tax, commencing from the day following that established by the legislation for payment of the tax.

The number of days of delay for the calculation of forfeit is determined from the day following the date of payment of the tax under the legislation on taxes and charges and to the date preceding the day of payment of a forfeit by the taxpayer (the day of the performance of the duty with regard to the payment of a tax under p. 3 of art. 45 of the Russian Tax Code is not recognized as a delay and therefore no forfeit is charged)⁷.

The forfeit for each day of delay of performance of the duty with regard to the payment of taxes is calculated as a percentage of the unpaid amount of the tax. However the procedure of determining this percentage for the calculation of a forfeit is different for individuals and organizations.

For individuals, including individual entrepreneurs, the percentage rate of the forfeit applied shall be equal to one-three hundredth of the refinancing rate of the Central Bank of the Russian Federation prevailing at that time. If the refinancing rate applicable on the days of delay has changed, then the forfeit is calculated for each refinancing rate separately.

The applicable percentage rate for organizations depends on the number of days delay. For delay of performance of the duty with regard to the payment of taxes for a period of up to 30 calendar days inclusive the percentage rate of the forfeit applied shall be equal to one-three hundredth of the refinancing rate of the Central Bank of the Russian Federation prevailing at that time. If the delay exceeds 30 calendar days, then for the first 30 calendar days percentage rate shall be equal to 1/300, starting from the 31st calendar day — 1/150 of the refinancing rate of the Central Bank of Russia prevailing at that time. The rule, in accordance with which the percentage rate of a forfeit changes depending on the number of delay days, was introduced to the Russian tax law relatively recently (Federal Law of 30 November 2016 No. 401-FZ “On Amending Part One and Two of the Tax Code of the Russian Federation and separate legislative acts of the Russian Federation”) and are applied to the tax arrears created since October 1, 2017. New rules for calculating forfeit for an organization should prompt not to delay the performance of the duty with regard to the payment of taxes, since a long delay in the performance of the duty with regard to the payment of taxes will cost now more expensive.

⁷ Letter of the Ministry of Finance of the Russian Federation as of July 5, 2016 No. 03-02-07 / 2/39318 // SPS Consultant Plus.

The Russian Tax Code establishes cases when the forfeit shall not be charged on the amount of tax arrears.

Forfeit is not charged on the amount of tax arrears of the taxpayer that have arisen as a result of performance by the taxpayer the written explanations of the financial, tax and customs authorities on the procedure for calculating, paying taxes or on other issues of application of the legislation on taxes and charges that were given within their competence. Forfeit will not be charged also if the tax arrears were formed as a result of the taxpayer's performance of the reasoned opinion of the tax authority sent to the taxpayer during the performance of tax monitoring. However, if the mentioned written explanations or reasoned opinions of authorities are based on an incomplete or inaccurate information provided by the taxpayer, then there is no exemption from the payment of a forfeit.

Forfeit is not charged on the amount of tax arrears that the taxpayer could not pay off due to the fact that his property was arrested by the tax authorities. In this case, forfeit is not charged for the entire period of arrest of the property of the taxpayer.

Another case in which forfeit is not charged is connected with the situation when the taxpayer sends to the tax authority an application for offsetting the overpayment of tax for current tax payments and the tax authority adopts the decision on this matter before the deadline for payment of the tax. At the same time, the law enforcement practice differently qualifies the situation in which the taxpayer applies for the offset before the expiry of the tax payment deadline, but the tax authority adopts the decision on this matter after the expiration of the tax payment deadline.

In accordance with the Russian Tax Code, the duty with regard to the payment of taxes is considered to have been fulfilled from the date when the tax authority adopts a decision to set off an overpayment for the payment of the current tax, and the tax authority is given 10 days to adopt such a decision. In accordance with the Ministry of Finance charging forfeit is lawful in the event when the decision on the offset of overpayment of tax for current tax payments is adopted by the tax authorities after the deadline of payment of taxes, despite the fact that the statement of offset was filed by the taxpayer before the deadline of payment of taxes (for example, Letter of the Ministry of Finance of the Russian Federation as of February 12, 2010 No. 03-02-07 / 1-62, Letter of the Ministry of Finance of the Russian Federation as of August 2, 2011 No. 03-02-07 / 1-273). However, the courts can recognize charging of forfeit in the abovementioned situation as not legitimate, considering the duty with regard to the payment of taxes was performed regardless of the fact that the tax authority formally adopted the decision after expiration of the deadline for payment of taxes (for example, the Decision of Federal Arbitrage Court of Uralsk Circuit as of 16 October 2007 in case No. A50-6572 / 07, the De-

cision of Federal Arbitrage Court of Volga Circuit as of May 15, 2008 in case No. A57-14501 / 07-17).

Along with the general procedure for calculating forfeit, the Russian Tax Code also establishes special rules for charging forfeits (for example, charging forfeits for the payment of profit tax or a single agricultural tax, or when paying taxes on property of individuals in the territories of the regions of the Russian Federation which amended the calculation of tax from the inventory value to the cadastral value approach).

The possibility of reducing the amount of forfeit for the late performance of the duty for payment of taxes is not provided by the legislation on taxes and charges. The judicial practice also confirms the impossibility of reducing the amount of forfeit, rejecting the arguments of taxpayers about the possibility of reducing the amount of liability in connection with the existence of mitigating circumstances (for example, the Decision of the Federal Arbitrage Court of North-Kavkaz Circuit of May 5, 2008 No. F08-2293 / 2008, the Decision of the Arbitrage Court of the Uralsk Circuit as of April 28, 2015 No. F09-1842 / 15⁸) or because of the disproportionate amount of forfeit with tax arrears (for example, the Decision of Federal Arbitrage Court of East-Siberian Circuit of October 27, 2008 No. A78-972 / 08-C3-11 / 43-F02-4860 / 08⁹).

Forfeit in the Tax Legislation of the EAEU States

The study of the legal nature of forfeit in Russian tax law presupposes the need to go beyond the scope of Russian legislation and consider what approaches in this matter have been identified in the legislation of the EAEU states.

In the new version of the General Part of the Model Tax Code for CIS¹⁰ member states, the new recommendations on the issue of means of securing performance of tax duty were formed, which generally reproduced the provisions of the Russian legislation on this issue¹¹. However, they could not suretyship a uniform approach in the national legislation of the EAEU member states.

⁸ The courts explain such a position by the fact that the Russian Tax Code does not formally recognize forfeit as a sanction and it is charged irrespective of whether the taxpayer is guilty of violating the payment deadlines or existence of mitigating circumstances.

⁹ Judicial practice is based on the inapplicability to the tax regulation the provisions of Art. 333 of the Russian Civil Code, which provides possibility for the court to reduce the amount of forfeit penalty due to its evident disproportion to the consequences of breach of the obligation.

¹⁰ Adopted in St. Petersburg on November 29, 2013 at the 39th general meeting of the Interparliamentary Assembly of the CIS states // SPS Consultant Plus.

¹¹ The Model Tax Code of the CIS lists all the same means of securing the tax duty as in the Tax Code of the Russian Federation, with the exception of a bank guarantee. The article on the bank guarantee (Article 74.1) was included in the Tax Code of the Russian Federation in July 2013, when the text of the

The closest approach to the Model Tax Code of the CIS and, accordingly, the Tax Code of the Russian Federation at the moment are the legislative acts of the states that have become members of the EurAsEC Customs Union since its foundation — the Tax Code of the Republic of Belarus and the Code of the Republic of Kazakhstan on taxes on other mandatory payments to the budget. They practically completely reproduce the provisions of the Russian tax code on means to secure the performance of tax duty, including the definition of a forfeit in tax law (Articles 49 and 52 of the Code of the Republic of Belarus and Articles 116, 117 of the Code of the Republic of Kazakhstan).

The tax codes of the states of the “second wave” of the expansion of the Eurasian economic integration (joined the integration group at the time of the transition from the Euroasian Customs Union to the Economic Union of the EAEU) apply less harmonized legislative approaches on this issue. We are referring here to the tax codes of the Kyrgyz Republic and the Republic of Armenia.

The Tax Code of the Kyrgyz Republic differs from the Russian tax legislation and the Model Tax Code of the CIS by the means used to secure performance of tax duty. Kyrgyz tax legislation for this purpose allows the use of:

forfeits;

bank guarantee;

deposit of the taxpayer;

recovery of tax responsibility from cash funds, as well as funds from taxpayer's accounts or third parties (Article 70 of the Tax Code).

Thus, the Kyrgyz tax legislation does not allow the use of pledge, suretyship, or arrest of the taxpayer's property as a means of securing performance of tax duty. At the same time, the deposit of the taxpayer is recognized as a means of securing performance of tax duty — an instrument recognized as such in accordance with the customs legislation.

At the same time, in the matter of determining the forfeit, the tax legislation of the Kyrgyz Republic does not fundamentally differ from the Russian legislation, defining a forfeit as the amount of money that a taxpayer must pay in the event of failure to perform or a delay in performance a tax duty (Article 71 of the Tax Code).

This issue is regulated in completely different manner in the tax legislation of Armenia. In the Tax Code of Armenian Republic, the arrests of the taxpayer's property is recognized as the main means of securing performance of tax duty (Article 429). If it is not possible to apply the arrest of taxpayer's property or in case of insufficiency of the value of the arrested property, the securing performance of tax duty may be performed by the following means:

conclusion of a pledge agreement;

guarantee of a bank, other credit organization, insurance organization;

assignment by the taxpayer of the right of claim (Article 436 of the Tax Code).

Model Tax Code of the CIS was already agreed upon and was passing the adoption procedures.

The Armenian tax legislation is the only example of the legislation within the framework of the EAEU, in which the forfeit is not recognized as a means of securing performance of tax duty, but is defined as the *measure of responsibility* established by the tax code for non-payment of taxes or charges on time or for late payment (Article 4 of the Tax Code Code of Armenia).

The definition of forfeit contained in the Tax Code of Armenia corresponds to the legislative approaches to the forfeit in tax law, which were retained in Russian tax law right up to the adoption of the first part of the Tax Code of the Russian Federation in 1999.

We also note that this approach automatically removes almost all of the previously formulated questions to the legislator, who identified a forfeit in Russian tax law as one of the means of securing of performance of duty with regards to payment of taxes.

Securing of Performance of Duty with Regard to Payment of Customs Duties and Taxes: “Own Rules”

The situation in connection with the legal regulation of the securing of performance of duty with regard to payment of taxes is complicated by the fact that in Russian legislation for more than two decades, two parallel systems are developing: one established by the Tax Code of the Russian Federation and the other by customs legislation.

The system of securing of performance of duty with regard to payment of customs payments — customs duties, as well as VAT and excises from goods imported into the customs territory — is of particular importance for protecting the fiscal interests of the Russian state, since customs payments account for more than half of all revenue from the federal budget.

The Customs Code of the EAEU (Article 63) mentions only four means of securing of performance of duty with regard to payment of customs duties and taxes:

- cash;
- bank guarantee;
- suretyship;
- pledge of property.

It is easy to see that forfeit is not mentioned as a means of securing of performance of duty with regard to payment of customs duties and taxes among other means.

The provisions of the customs legislation of the EAEU on this issue can be adjusted in the national legislative acts of the EAEU member states on customs regulation.

The laws on customs regulation of the Russian Federation, the Republic of Belarus and the Republic of Armenia set forth the same four means of securing of performance of duty with regard to payment of customs payments, which are

stipulated in the Customs Code of the EAEU, and the forfeit is defined as an instrument for compensation for overdue payment of customs duties and taxes at the stage of *exacting* of customs payments (compulsory execution of fiscal duties).

The Code of the Republic of Kazakhstan “On Customs Regulation in the Republic of Kazakhstan” identifies means of securing of performance of duty with regard to payment of customs duties (Article 97) and means of securing of repayment of arrears in customs payments (Article 123). To the first, besides the means provided by the Customs Code of the EAEU (cash, bank guarantee, suretyship and pledge of property), an insurance contract has been added, and the second includes charging forfeits, suspending expenditure transactions on the payer’s bank accounts, suspending expenditure transactions at the payer’s cash desk, and also a limitation in the disposal of the payer’s property.

Thus, the forfeit according to the customs legislation of the Republic of Kazakhstan is defined as a means of securing of performance of duty with regard to repayment of arrears in customs payments, representing a payment that is calculated in the event of non-payment of customs payments for each day of delay (Article 124).

Just as in the customs legislation of Kazakhstan, the Law of the Kyrgyz Republic “On Customs Regulation in the Kyrgyz Republic” (Article 196) provides five means of securing of performance of duty with regard to payment of customs payments — pledge of goods and other property, bank guarantee, deposit of funds into the account of customs body (deposit), suretyship and insurance contract. As for the forfeit, it is not included in the system of means of securing of performance of duty with regard to payment of customs payments, it is defined as a compensation for late payment of customs duties and taxes (Article 202).

Comparison of the customs legislation of the Russian Federation and other EAEU member states leads to the conclusion that, firstly, the tax legislation and customs legislation of the EAEU states are still not harmonized on the issues of securing of performance of duty with regard to payment of fiscal duties. Moreover, differences remain between the customs laws of the EAEU states in terms of securing of performance of duty with regard to payment of customs payments.

At the same time, in none of the states of the EAEU in the customs legislation, a forfeit is not determined in connection with securing of performance of fiscal duty.

Conclusion

It is obvious that now more than ever it is required to unify the legislative approaches to the institute of securing performance of tax duty. The reasons for this are the reform of the public finance management system in the Russian Federation and the development of the Eurasian Economic Union, which involves the unification of customs regulation in the member countries of the EAEU.

As a result of the reform of the public revenue management mechanism in the Russian Federation and the creation of a single fiscal channel that combines tax and customs revenues into the federal budget¹², there is a need to unify the regulatory and legal regulation of the main aspects of securing performance of duty with regard to payment of taxes and customs payments, including securing of payment of such payments in case of granting a deferral or an installment plan for payment of tax and customs payments.

The development of economic integration within the framework of the EAEU also implies the unification of the tax and customs legislation on the issues of securing performance of duty with regard to tax and customs payments. Since the application of means of securing performance of tax duty is an obligatory condition for the deferral of the payment of taxes and customs payments, the means of securing themselves must be uniform in all the EAEU states and not burdensome for taxpayers. A taxpayer must have the ability to choose a specific means of securing of tax duty. The taxpayer's inclination to use "expensive" (costly) securing means (for example, a bank guarantee) adversely affects the investment and business climate in the country.

The analysis of the tax and customs legislation of the Russian Federation and other EAEU member states suggests that, in order to unify approaches to the legislative regulation of relations for securing of fiscal duties (for tax and customs law), it is first necessary to differentiate between the voluntary and compulsory securing of fiscal duty mechanisms, and, secondly, to remove the most controversial issues.

The need to distinguish between voluntary means of securing of obligations (pledge, suretyship, bank guarantee) and compulsory execution of a fiscal obligation (arrest of the taxpayer's property, suspension of operations with bank accounts) is stipulated by the difference in legal mechanisms applied in each of two cases: the use of civil-law instruments to ensure the voluntary performance of fiscal obligations and the use of exclusively measures of imperious coercion to enforce exaction of taxes and customs duties.

With regard to forfeits, the approach that was used in the 1990s in the Russian tax legislation and the approach found, for example, in the current tax legislation of Armenia seems more accurate, according to which forfeit is a measure of financial responsibility of a compensatory nature for the payment of taxes and customs duties after the period established by law.

Reversion of the Russian tax legislation in the late 1990s from the definition of a forfeit as a measure of responsibility for violation of the time limits for payment of taxes was based, most likely, by a desire to provide maximum guarantee for the

¹² This refers to the re-subordination of the FCS of Russia to the Ministry of Finance (Decree of the President of the Russian Federation of 15 January 2016 No. 12 "Questions of the Ministry of Finance of the Russian Federation") // SPS Consultant Plus.

fiscal interests of the Russian state, since a forfeit that is no longer recognized as a measure of legal responsibility can now be recovered without taking into account the guilt, limitation period and various kinds of mitigating circumstances. Such a metamorphosis of the legal nature of a forfeit significantly violated the balance of public and private interests in tax law and effectively deprived the taxpayer of the possibility to expect a reduction in the amount of forfeit if it was formed in the absence of the guilt of the taxpayer¹³. Such an approach of the legislator leads to ignoring the interests of the taxpayer even in circumstances such as force majeure, when the issue of acquittance from responsibility or, at least, its mitigation becomes more than obvious.

The return of the Russian tax legislation to the definition of a forfeit as a measure of responsibility would allow to extend to tax relations, relating to calculation of forfeit, the effect of Article 112 of the Tax Code of the Russian Federation, which establishes circumstances that mitigate the responsibility for committing a tax offense.



References

- Batalova L. (2010) Primemenie grazhdansko-pravovykh kategorii v nalogooblozhenii [Using the civil law concept in tax legislation]. *Korporativnyi yurist*, no 12, pp. 23–25.
- Bogdanovskaya G.N. (2009) Mezhotraslevaya adaptatsiya chastnopravovykh konstruktivnykh [Inter-branch adaptation of private law constructions]. *Vestnik Vyshego arbitrazhnogo suda*, no 6, pp. 48–56.
- Demin A.V. (2010) *Obshchaya teoriya nalogovo-pravovykh norm* [General theory of tax norms]. Moscow: INFRA-M, 266 p. (in Russian)
- Grosclaude J., Marchessou P. (2007). *Droit fiscal général*. Paris: Dalloz, 608 p.
- Lukyanova A.P. (2015) Penya v nalogovom zakonodatelstve Rossiyskoy Federatsii i zarubezhnykh stran [Forfeit in tax legislation in Russia and foreign countries]. *Publichno-pravovye issledovaniya: elektronny zhurnal*, no. 3, pp. 142–155.
- Nalogovoe pravo stran vostochnoy Evropy. obshchaya chast (2009) [Tax law of the Eastern European countries: General part]. M.V. Caraseva (ed.) Moscow: Wolters Kluwer, 336 p. (in Russian)
- Ovsyannikov S.V. (2009) Formy i predely vzaimodeystvia grazhdanskogo i nalogovogo prava [Forms and limits of interaction between tax law and civil law]. *Vestnik VAS RF*, no 1, pp. 83–100.
- Ryabov A.A. (2014) *Vliyanie grazhdanskogo prava na nalogovye otnosheniya: doktrina, tolkovane, praktika* [The influence of civil law on tax relations: doctrine, interpretation, practice]. Moscow: NORMA, 224 p. (in Russian)
- Sadikov O.N. (2011) Grazhdansko-pravovye kategorii v publichnom prave [Civil law conceptions in public law]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 9, pp. 19–28.

¹³ For example, refer to FAS Decision of January 22, 2008 No. F03-A73/07-1/6214, where the court proceeded from the fact that the legislation on taxes and charges does not provide for the possibility of reducing the size of a forfeit.

Smolitskaya E.E. (2018) *Grazhdansko-pravovye instituty, terminy i ponyatia v nalogovom prave* [Civil law institutes, terms and notions in the tax law]. Moscow: Prospect, 176 p. (in Russian)

Soloviev V.A. (2007) *Penya v nalogovom zakonodatelstve* [Forfeit in tax law] *Zakony Ros-sii: opyt, analiz, practica*, no. 12, pp. 10–16.

Strelnikov V.V. (2003) *Pravovoy rezhim peni v nalogovom prave* [Legal regime of the forfeit in the tax law]. Moscow: Statut, 155 p. (in Russian)

Thuronyi V. (2003) *Comparative Tax Law*. Deventer: Kluwer Law International, 373 p.

Volkova N.N. (2010) *Retseptsia grazhdansko-pravovykh norm v nalogovom zakonodatelstve* [Reception of civil-law norms in tax legislation]. Moscow: Yurlitinform, 160 p. (in Russian)

Vorobyeva E.M. (2013) *Peni v nalogovykh otnosheniyakh: doktrina i zakonodatelnoe regulirovanie* [Forfeit in tax relations: doctrine and legal regulation]. *Vestnik Permskogo universiteta: yuridicheskie nauki*, no. 4, pp. 68–81.

Yakovlev V.F. (2006) *Grazhdansko-pravovoy metod regulirovaniya obshchestvennykh otnosheniy* [Civil legal method of the regulation of social relations]. Moscow: Statut, 240 p. (in Russian)

Administration of Customs Payments in Russia within Framework of Electronic Declaration in the EAEU¹



Tatyana Troshkina

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



Abstract

On January 1, 2018, the Customs Code of the EAEU entered into force. Important developments are related to the fact that electronic declaration has now become an area of focus. This paper investigates impact of the application of this declaration form upon the efficiency of customs payments administration. For this purpose, the author conducted an analysis of the application of information and communication technologies in the activities of the customs authorities of the Russian Federation. It was justified that currently required level of organization of customs payments administration is not accomplished including due to the underdevelopment of the system for obtaining information on foreign trade prices, the lack of a systematic approach to the analysis of information on participants in foreign economic activities. The arguments are presented to confirm the conclusion that elimination of these obstacles is possible only with the use of progressive, innovative tools for administration of customs payments. The research substantiates the position that electronic declaration is the required instrument. For this purpose, a study in current application of the electronic declaration and the basis for its legal regulation in the Russian Federation was provided. The inherent positive aspects and identified unsolved problems were formulated and commented. It is indicated that modernization of information technologies, including for electronic declaration, is not new, but continues to fulfill the requirements of the action plan (“road map”) for improving customs administration. This statement is illustrated by the project on the administration of funds on the resource of the Unified Personal Accounts of the FC of Russia. The conclusion is substantiated that its application can be considered an effective tool for improving the of customs payments by simplifying calculations and reducing time of their implementation, as well as in connection with decrease of human factor influence. The position is argued that the mechanisms of the “single window” and electronic declaration are interrelated and the efficiency of the system of customs administration as a whole and customs payments as its component depends on their development. It was established the

¹ The paper is prepared in the course of research (№17-01-0022) within the framework of the Program “Scientific Foundation of the National Research University Higher School of Economics (HSE)” in 2017–2018 with the use of state subsidies for leading Russian universities for raising their competitiveness among the world’s leading scientific and educational centers, allocated by HSE.

expectations from the application of electronic declaration, including on the improvement of the administration of customs payments, can be justified only under active convergence of national approaches among EAEU states in the implementation of information technology; for this purpose, an analysis of its legal framework at various levels was conducted: the legislation of the members of the EAEU, acts of supranational and international level of regulation. The results of the study can be applied not only in the Russia, but also in all EAEU members, where there is also no contemporary scholar basis for solving the issue under consideration.



Keywords

Eurasian Economic Union, customs payments, customs legislation, administration of customs payments, electronic declaration, customs legislation on taxes and charges, customs duties, VAT, excises, customs charges, national legislation of the EAEU members.

Citation: Troshkina T.N. (2018) Administration of Customs Payments in Russia within Framework of Electronic Declaration in the EAEU. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 128–141 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.128.141

The collection of tools and methods for administration of customs payments is constantly being improved. This is due to the existing discrepancy between its practical state and the requirements imposed on it, formed, including, due to the high value of fiscal activity of customs authorities.

To date, the required level of organization of administration of customs payments has not been achieved due to underdevelopment of the system for obtaining information on foreign trade prices, low efficiency of customs control, insufficient level of interaction between customs and tax authorities, lack of a systematic approach to analyzing information on participants of foreign economic activity (hereinafter — “FEA”) and etc.

Elimination of these obstacles is possible only with the use of progressive, innovative tools for administering customs payments. The argument in support of this position is that the quality of this component affects the efficiency of the transfer of information necessary for the adoption of management decisions by the government authorities. That is, the more progressive the applied technologies are, the less time will be expended for such activities, which is favorable for the activities of FEA participants.

An analysis of existing experience in the Russian Federation allows us to say that in the last 15 years there has been a progressive movement in the use of information and communication technologies in the activities of customs authorities.

An example is the use of electronic customs declaration. This process in the Russian Federation began in 2002 with a technology that involves direct connection to a departmental network via a dedicated communication channel. The legal basis for it was provided by the norms of the Federal Law “On Electronic Digital Signature”², as it became possible to transfer customs declarations signed electronically. The implementation was carried out as an experiment in the Privolzhsky and Central Customs departments³. The procedure for performing customs operations when declaring goods in electronic form⁴ and actions to ensure the security of information⁵ transfer was established for them.

Based on the experience gained during the experiment and constantly improving the technical equipment⁶ since 2008 it became possible to carry out customs declaration using Internet⁷. The innovation significantly increased the capabilities of the participants in foreign trade activities and allowed to reduce the monetary costs of using the system, increase the availability of software, speed up the process of customs clearance and reduce the impact of the human factor (for example, when the electronic declaration was returned, the error log was automatically generated, but before this was carried out by the inspector).

If electronic declaration is used, the amount of customs payments may be reduced, since the rate of charge for customs operations is reduced by 25%⁸. We believe that this is a good incentive for using this form of declaring, and since the

² Federal Law of 06.04.2011 № 63-FZ “On Electronic Signature” // SPS Consultant Plus.

³ Order of the State Customs Committee of Russia of 29.07.2002, № 801 “On the organization of an experiment on the declaration in electronic form in the Privolzhsk and Central Customs Departments (expired on March 25, 2007 on the basis of the order of the Federal Customs Service of Russia of January 12, 2007 No. 29) // SPS Consultant Plus.

⁴ Order of the State Customs Committee of 30.03.2004 No. 395 “On approval of the Instruction on the performance of customs operations when declaring goods in electronic form” // SPS Consultant Plus.

⁵ Order of the Federal Customs Service of 30.10.2006 No. 1062 “On Ensuring the Security of Information in the Information Interaction of Customs Authorities with Participants in Foreign Economic Activities and Networks of Common Use (expired on July 14, 2016 in connection with the issuance of Order No. 83 of the FCS of January 20, 2013 // SPS Consultant Plus.

⁶ Order of the State Customs Committee of 27.05.2004 No. 619 “Concerning the conduct of organizational and technical measures for the introduction of the electronic declaration form (expired on the basis of the order of the Federal Customs Service of Russia of May 24, 2007 No. 646)”; order of the Federal Customs Service of Russia of 24.05.2007. No. 646 “On Approval of the Procedure for Including Customs Authorities in the List of Customs Authorities Having Sufficient Technical Equipment for the Application of the Electronic Form of Declaration” // SPS Consultant Plus.

⁷ Order of the Federal Customs Service of 24.01.2008 N 52 “On introduction of information technology for submission to customs authorities of information in electronic form for the purposes of customs clearance of goods, including with the use of the international association of networks “Internet” // SPS Consultant Plus.

⁸ P.7.4 of the Decree of the Government of the Russian Federation of 28.12.2004 No. 863 “On rates of customs charges for customs operations” // SPS Consultant Plus.

charge is a fee for the service rendered and its value should be equivalent to the costs incurred, the rate reduction reflects the ongoing cost reduction.

The study of the legal basis for the regulation of electronic declaration in the Russian Federation provides us an opportunity to talk about its development. So, for example, from 01.01.2014, the electronic form of declaring goods is fixed as the main and priority approach by the norms of the federal law “On Customs Regulation” (Article 204). The Government of the Russian Federation has the right to establish lists of goods, customs procedures, as well as cases in which the declaration can be made in writing⁹.

Departmental regulation is also improved on this issue. For example, the FCS of Russia has developed and established a number of procedures related to the implementation of electronic declaration for goods:

located in the territory of the activities of the customs authorities, other than the place of their declaration¹⁰;

classified in the group of 27 Commodity Nomenclature of the EAEU, in accordance with the Order of the Federal Customs Service of Russia of 03.12.2010 No. 2330 “On the places of declaration of certain types of goods” in the case where the location of their place of loading and / or transshipment does not coincide with the place their declaration¹¹.

Analyzing the practice of applying the Russian electronic declaration system, we can say that a customs declaration submitted in electronic form is an electronic document that is a collection of information signed by an electronic signature¹².

The electronic declaration was verified by an authorized official of the customs authority and, on the basis of this, decision was made on the choice of forms of customs control, on the need to submit electronic documents specified in the inventory¹³.

⁹ For example, Decree of the Government of the Russian Federation of 13.12.2013 №1154 “On the list of goods, customs procedures, as well as cases in which customs declaration of goods can be carried out in writing.”

¹⁰ Order of the Federal Customs Service of 22.04.2011 N 845 “On approval of the procedure for the performance of customs operations in the customs declaration in electronic form of goods located in the region of activities of the customs authority, other than the place of their declaration.” // SPS Consultant Plus.

¹¹ Order of the Federal Customs Service of 01.04.2011 No. 695 “On approval of the Provisional procedure for the execution by customs officials of customs authorities of customs operations in the customs declaration in electronic form of goods classified in group 27 of the Commodity Nomenclature of the EAEU, in accordance with the Order of the FCS of Russia of 03.12.2010 No. 2330 “On the places of declaration of certain types of goods” in the event that the location of these goods or the place of their loading and / or transshipment does not coincide with the place of their declaration // SPS Consultant Plus.

¹² As a rule, submission of documents confirming the information declared in the electronic customs declaration is not required.

¹³ The decision is communicated to the declarant by an authorized message.

Assessing the presence of such positive moments as time saving, transparency of the declaration process, reduction of direct contacts with customs officials, one should point out the unsolved problems: the maturity of the electronic digital signature (validity of 1 year), manual data entry into electronic documents and the fact that a significant part of the permits must be submitted in paper form and they are checked by customs officers. That is, before 01/01/2018, it was required to complete the main customs procedures on paper, and electronic processes only duplicated the paperwork and the participation of customs officials in the verification of information, and therefore in the release of goods was preserved.

A comprehensive solution to the problems with regard to the enhancement of the level of administration of customs payments in the application of the electronic declaration form became possible with the entry into force of the Customs Code of the Eurasian Economic Union (hereinafter — CC of the EAEU)¹⁴, the norms of which establish the priority of electronic customs declaration (Part 3, Article 104 of the CC of the EAEU).

Now the fulfillment of customs operations related to the filing of the declaration and its release is taking place with the use of information systems of customs authorities¹⁵. This approach almost completely automates the decision-making of customs authorities and minimizes the participation of officials in it.

The achievement of a balance between public (the state) and private (participants in foreign economic activities) interests with the use of information system development and automation of all customs processes is recorded in the integrated program for the development of the FCS of Russia until 2020¹⁶. The key to the effectiveness of these actions is the modernization of the software tools used. This process is not recently organized, but it is proceeding to fulfill the requirements of the action plan (“road map”) for improving customs administration¹⁷. That is, the existing project on the administration of funds on the resource of the Single Accounts of the FCS of Russia (hereinafter referred to as the SA resource) is taken as a basis¹⁸.

¹⁴ Customs Code of the Eurasian Economic Union. Appendix 1 to the Agreement on the Customs Code of the Eurasian Economic Union of April 11, 2017 // SPS Consultant Plus.

¹⁵ It is carried out in electronic form, and the paper version is a duplicate one.

¹⁶ Order of the FCS of Russia of June 27, 2017 N 1065 On the decision of the Board of the Federal Customs Service of May 25, 2017 “On the Comprehensive Development Program of the FCS of Russia for the period until 2020” // SPS Consultant Plus.

¹⁷ Decree of the Government of the Russian Federation of 29.06.2103 No. 11225-r On approval of the plan of measures (“road map”) “improvement of customs administration (as amended on November 28, 2017) // SPS Consultant Plus.

¹⁸ Order of FCS of Russia, Ministry of Finance of the Russian Federation of August 22, 2016 No. 1617 “On approval of the Provisional order of work of the interested structural divisions of the FCS of Russia, the Central Information and Technical Customs Administration and customs with a single resource of personal accounts of payers of customs duties and taxes opened at the level of the FCS of Russia // SPS Consultant Plus.

A participant of the foreign economic activity after it is included in the SA¹⁹ resource it gets the opportunity to enroll²⁰ and / or debit²¹ the funds automatically in real time and regardless of the place of customs declaration, that is, in the territory of any region of the Russian Federation.

The possibilities of using the SA resource allow conducting operations to enroll funds received for payment of customs payments in the course of continuing customs procedures and return if there is evidence of excessive payment (excessive collection), as well as advance customs payments administered by customs authorities.

Information on the flow of funds paid by the payer after the beginning of the administration of his personal accounts in the SA resource can be provided to the payer by any customs office at the choice of the payer and (or) through the “Personal account” service of the personal cabinet of the foreign economic activity participant on the official website of the FCS of Russia, sites of customs payment operators.

Based on the analysis of the already existing experience of using SA resource, it can be considered as an effective tool for improving the system of payment of customs payments by simplifying the calculations and reducing the time of their implementation, as well as in connection with the decrease in the influence of the human factor.

The functions of administering customs payments when working with the SA resource are distributed between the FCS of Russia (these tasks are assigned to the administration of the Main Directorate of Federal Customs Revenues and Tariff Regulation) and the customs authorities (usually in the region of the customs office where the customs declaration of goods was carried out)²².

¹⁹ Inclusion in the resource of the SA takes place on the basis of a written application from the participant in the foreign economic activity to the Main Directorate of Federal Customs Revenues and Tariff Regulation of the FCS of Russia. The requirements for the formulation and content of the application are fixed in the Provisional Order of the Structured Units of the FCS of Russia, the Central Information and Technical Customs Administration and the Customs with the Unified Resource of the Accounts of the Payers of Customs Duties and Taxes Open at the Level of the FCS of Russia (Appendix No. 1 to the FCS of Russia Order August 22, 2016 No. 1617 // SPS Consultant Plus. So it is made out on the company letterhead of the organization, signed and stamped and must contain information about: INN, KPP, OGRN, the full name of the organization, the checkpoint of the largest payer, the branches, the full address, the planned date of transfer of work in the SA resource, the method of payment of customs payments and etc.

²⁰ It is made on the basis of information from payment documents, extracts from the personal account coming from the treasury.

²¹ It is implemented from the budget classification code.

²² The distribution of functions for the administration of customs and other payments administered by customs authorities when working with a single resource of personal accounts of payers of customs duties and taxes opened at the level of the FCS of Russia, between the FCS of Russia and customs authorities is set out in Appendix No. 2 to the order of the FCS of Russia of August 22, 2016 N 1617 // SPS Consultant Plus.

Based on the analysis of the wording and distribution of functions, one can argue that it is implemented in such a way that solving the fiscal interests of the state creates a comfortable environment for participants of foreign economic activity. Thus, for example, the formation of registers of confirmations of the use of payment is assigned to the administration of the FCS of Russia, but to the functions that are included in the customs office responsibility area, in the region where the customs declaration of goods was carried out, are consideration of an application for the return of a fund pledge and making a decision to return a fund pledge, and the payer can receive the confirmation of payment of customs duties and taxes at any customs office of his choice.

The effectiveness of the application of electronic customs declaration depends on the state of the applied technologies, the level of which should enable to refuse to provide supporting documents and to automatically produce goods. That is, electronic technology should be applied throughout the process — from the receipt of goods to its release (completion of the declared customs procedure).

At the same time, it should be pointed out that the effectiveness of introducing changes is possible only if both the national information systems of the EAEU member states and at the level of the EAEU are improved.

The Integrated Information System of Foreign and Mutual Trade²³ (hereinafter referred to as — the Integrated System)²⁴ operates in the EAEU. The main tasks of the system are the implementation and improvement of electronic declaration and payment of customs payments in real-time mode.

At the present stage of development, the integrated system is a complex of:
territorially distributed state information resources and information systems of authorized bodies,
information resources and information systems of the Eurasian Economic Commission (hereinafter — EEC).

Authorized bodies for the creation of the above-mentioned national segments are²⁵:

Office of the Government of the Republic of Armenia;

²³ Decision of the Board of the Eurasian Economic Commission No. 96 of 18.08.2015 “On Interstate Tests of the Integrated Information System of Foreign and Mutual Trade” (with the Regulations on Interstate Tests of the Integrated Information System of Foreign and Mutual Trade, Regulations on the Commission for Interstate Testing of Integrated Information system of external and mutual trade) //SPS Consultant Plus.

²⁴ Its creation began with the conclusion on 21.09.2010 by the governments of the member states of the Customs Union within the Eurasian Customs Union Agreement on the creation, functioning and development of an integrated information system of foreign and mutual trade of the Customs Union. Available at:// URL: <http://www.eurasiancommission.org/docs/Download.aspx?IsDlg=0&ID=3070&print=1> (accessed: 10.09.2018)

²⁵ There is still no information on the official EEC website on such an authority body in the Kyrgyz Republic.

Ministry of Communications and Informatization of the Republic of Belarus;
Ministry of Investment and Development of the Republic of Kazakhstan;
Ministry of Communications and Mass Media of the Russian Federation²⁶.

The functioning of the integrated system is primarily aimed at reducing economic and administrative barriers and increasing trade between Member States. This is done by ensuring effective regulation of foreign and mutual trade using information telecommunication technologies while transferring goods and vehicles across the customs border of the EAEU.

The activity of the integrated system is carried out on the basis of plans developed in cooperation with authorized bodies and approved by the EEC Council. That is, twenty priority directions for 2017–2018 are emphasized, including customs and tariff and non-tariff regulation, enrollment and distribution of import customs duties, information interaction of national “single window” mechanisms in the system of regulation of foreign economic activity²⁷.

Namely, it is the “single window” mechanism that should minimize costs, simplify and improve the conditions for carrying out foreign economic activities on the territory of the EAEU²⁸, allowing the participants in foreign economic activities to present documents in a standardized form through a single channel.

The application of this mechanism makes it possible:

single-time submission of documents and information by the participants of foreign economic activities;

automatic redistribution of documents and / or information between state authorities of the EAEU member states, based on the requested services;

informing interested parties about the status of consideration of applications²⁹;

electronic payment of customs payments;

etc.³⁰

The informational interaction of the tax authorities of the member states is regulated by the Protocol of 11.12.2009 “On the exchange of information in electronic form between the tax authorities of the member states of the Eurasian Eco-

²⁶ The official EEC website: // URL: <http://www.eurasiancommission.org/ru/act/dmi/inftech/iis/Pages/default.aspx> (accessed: 10.05.2018)

²⁷ Order of the Council of the Eurasian Economic Commission of 13.01.2017 № 6 On the plan of measures for the creation, operation and development of the integrated information system of the Eurasian Economic Union for 2017 — 2018 (Appendix 1) // SPS Consultant Plus.

²⁸ Decision of the Supreme Eurasian Economic Council of May 29, 2014 No. 68 On the main directions of the development of the “single window” mechanism in the system of regulation of foreign economic activity // SPS Consultant Plus.

²⁹ For example, by creating “personal cabinets,” reflecting information about transactions at all stages of the movement of goods.

³⁰ Decision of the Supreme Eurasian Economic Council of 08.05.2015 № 19 On the plan of measures to implement the main directions of the development of the “single window” mechanism in the system of regulation of foreign economic activity // SPS Consultant Plus.

nomie Union on the paid amounts of indirect taxes”³¹. Unified requirements for the tax authorities of the Member States were established for the composition and structure for the exchange of information on amounts of indirect taxes paid, on the benefits and exemptions applied. This procedure allows you to quickly trace the payer’s documents, create a database of exporters and importers, producers of goods, collect statistical information on the volumes of mutual trade. Priority areas in this interaction are the development of joint positions on the methodology of taxation, the procedure for applying tax legislation and this undoubtedly increases the efficiency of administration of payments.

In the Russian Federation the information resource “EAEU — exchange”³², provides information exchange between tax and customs authorities. Its application is aimed at improving the efficiency of monitoring the receipt of indirect taxes, including by checking the validity of applying zero VAT rates, exemption from payment of excises. An illustration of the mechanism in action is the opportunity to confirm the application of a zero VAT rate by sending “electronic” registers³³.

We believe that the mechanisms of the “single window” and electronic declaration are interconnected and the effectiveness of the system of customs administration in general and customs payments as its component depend on from their development. For the successful operation of the “single window” as a fiscal channel, it is necessary to organize information cooperation and interaction of the tax and customs authorities of the EAEU member states. In the context of the transfer of authority for the implementation of certain types of state control to the customs authorities of the Russian Federation³⁴, close cooperation between tax and customs authorities will reduce administrative barriers and improve the quality of control.

Expectations from the application of electronic declaration, including the improvement of administration of customs payments, will be justified only if the national approaches of the EAEU member countries are actively harmonizing in the implementation of information technologies, because effective interaction is possible only in this way (for example, the recognition of electronic documents). The problem of harmonizing not only the technical but also the legal compatibility of the information systems of the Member States should be resolved.

³¹ SPS Consultant Plus.

³² Order of the Federal Tax Service of Russia of 08.04.2015 No. MMV-7-15 / 140 @ On approval of the Methodological recommendations for maintaining the information resource “EAEU — exchange // SPS Consultant Plus.

³³ Protocol on the exchange of information in electronic form between the tax authorities of the member states of the Eurasian Economic Union on the paid amounts of indirect taxes (St. Petersburg, December 11, 2009) // SPS Consultant Plus.

³⁴ Federal Law No. 394-FZ of 28.12.2010 On Amending Certain Legislative Acts of the Russian Federation in Connection with the Transfer of Authority for the Implementation of Certain Types of State Control to the Customs Authorities of the Russian Federation // SPS Consultant Plus.

The Treaty on the Eurasian Economic Union (hereinafter referred to as the “Agreement on the EAEU”)³⁵ stipulates the need for activities aimed at informational interaction using information and communication technologies and a trans-border trust area within the framework of the EAEU, and one of the ways indicates the improvement of the system of levying value-added tax in mutual trade (including the use of information technology) (p. 23).

The norms of the Customs Code of the EAEU (Art. 365) have established that issues related to information systems and technologies, means of their provision and protection used in the performance of customs operations are regulated by the legislation of the Member States of the EAEU³⁶.

In Russia, the Federal Law No. 149-FZ of July 27, 2006 “On Information, Information Technologies and Information Protection”³⁷ is in force in the sphere of the use of information technologies, in Armenia, Law No. 3R-176 of August 13, 2005 “On Electronic Communication”³⁸, in Belarus, Law No. 455-3 of 10 February, 2008 “On Information, Informatization and Protection of Information”³⁹, in Kazakhstan, Law No. 418-V ZRK of 24 November, 2015 “On Informatization”⁴⁰, in the Kyrgyz Republic — the Law No. 107 of 8 October, 1999 “On Informatization”⁴¹.

The order of application of the electronic document and electronic digital signature, which are mandatory elements of the electronic form of declaration, are regulated by the following acts in:

The Russian Federation — Federal Law of 06.04.2011, No. 63-FZ “On Electronic Signatures”⁴²,

the Republic of Kazakhstan — law “On electronic document and electronic digital signature”⁴³,

³⁵ Signed in Astana on May 29, 2014. Available at: // URL: <http://www.eurasiancommission.org>. (accessed: 10.05. 2018)

³⁶ This concerns the issues of development, production or acquisition, terms and conditions of use, requirements for them in the organization of electronic information interchange, implementation.

³⁷ Federal Law of the Russian Federation of 27.07.2006 No. 149-FZ “On Information, Information Technologies and Information Protection” // SPS Consultant Plus.

³⁸ The Law of the Republic of Armenia of 13.08.2005 No. 3R-176 “On Electronic Communications” // SPS Legislation of the CIS Countries.

³⁹ Law of the Republic of Belarus No. 455-3 of 10.02.2008 “On Information, Informatization and Protection of Information” // SPS Legislation of the CIS Countries.

⁴⁰ Law of the Republic of Kazakhstan of 24.11.2015 No. 418-V ZRK “On Informatization” // SPS Legislation of the CIS Countries.

⁴¹ Law of the Kyrgyz Republic of 08.04.1999 №107 “On Informatization” // SPS Legislation of the CIS Countries.

⁴² Federal Law of 06.04.2011 № 63-FZ On Electronic Signature // SPS Consultant Plus.

⁴³ Law of the Republic of Kazakhstan of 07.01.2003 №370-II On electronic document and electronic digital signature // SPS Legislation of the CIS Countries.

the Kyrgyz Republic — law “On electronic document and electronic digital signature”⁴⁴,

the Republic of Armenia — law “On electronic document and electronic digital signature”⁴⁵,

the Republic of Belarus — Law “On electronic document and electronic digital signature”⁴⁶.

The bodies of the EAEU⁴⁷ also regulate relations in the sphere in question. This block is represented by a considerable number of acts (more than sixty), but on the basis of the content analysis they can be grouped into two groups according to the areas of the application of the action:

organization of an integrated information system of foreign and mutual trade⁴⁸,
implementation of information interaction between the state authorities of the EAEU member states and third parties⁴⁹.

It should be pointed out that decisions of the Eurasian intergovernmental council and decisions of the Supreme Eurasian Economic Council are subject to execution by member states in the manner provided for by their national legislation⁵⁰.

⁴⁴ Law of the Kyrgyz Republic of 17.07.2004 No.92 On an electronic document and electronic digital signature // SPS Legislation of the CIS Countries.

⁴⁵ Law of the Republic of Armenia from 15.01.2005 No. HO-40 On electronic document and electronic digital signature // SPS Legislation of the CIS Countries.

⁴⁶ Law of the Republic of Belarus from 28.12.2009 №113-3 On electronic document and electronic digital signature // SPS Legislation of the CIS Countries.

⁴⁷ Such as the Supreme Eurasian Economic Council, the Eurasian Intergovernmental Council, the EEC.

⁴⁸ See, for example, the EEC Council Regulation from 13.01.2017 No. 6 “On the Action Plan for the Establishment, Operation and Development of the Integrated Information System of the Eurasian Economic Union for 2017 — 2018”; decision of the Supreme Eurasian Economic Council of 08.05.2015. No. 19 “On the plan of measures for the implementation of the Basic Directions for the Development of the Single Window Mechanism in the System of Regulation of Foreign Economic Activity, Decree No. 13 of 29.05.2015 “On the Improvement of the Single Traffic within the Framework of the Eurasian Economic Union and the Unified Guarantee Mechanisms for Customs Transit” Decree of the Collegium of the EEC of 26.01.2016 No. 11 “On the Procedure for Coordinating the Harmonization of Draft Acts Included in the Law of the Eurasian Economic Union Related to the Design and Use of Documents Required for the Implementation of Foreign Economic Activities, which influence the development of national “single window” mechanisms // SPS Consultant Plus.

⁴⁹ See, for example, Decision of the Council of the EEC from 18.09.2014 No. 73 On the Concept of the Use of Services and Legally-binding Electronic Documents for Inter-State Information Interaction, Decision of the Supreme Eurasian Economic Council from 29.05.2014 No. 66 On the commencement of negotiations with The People’s Republic of China on the conclusion of an agreement on the exchange of information on goods and vehicles of international transport, transported across the customs borders of the Customs Union and the People’s Republic of China, Decision of the EEC Collegium from 07.11.2017 No. 134 “On some issues of customs operations at the arrival and departure of certain categories of goods transported through the territories of states that are not members of the Eurasian Economic Union and (or) the sea without being placed under the customs procedure for customs transit // SPS Consultant Plus.

⁵⁰ It is fixed in clause 1 of Art. 6 of the Treaty on the Eurasian Economic Union // SPS Consultant Plus.

Decisions, orders and recommendations of the EEC are adopted by the EEC Council and the EEC Collegium within the powers established by the EAEU Treaty and international treaties within the framework of the EAEU. The delimitation of the powers and functions of the EEC Council and the EEC Collegium is determined by the EEC Work Regulations⁵¹.

There is a legal difference between the decisions and orders of the EEC: the first have a normative legal character and are mandatory for the Member States, and the latter are of an organizational and administrative nature⁵².

EEC recommendations are not mandatory for implementation in the territories of member states and therefore are not included in the list of acts forming the law of the EAEU. However, they contribute to the formation of new principles of the EAEU law, including on the issues we are considering. For example, the EEC adopted recommendation on the uniformity of approaches applied in each member state of the EAEU to ensure information security by adopting a list of standards and recommendations in the field of information and telecommunications technologies and information security⁵³.

At present, vector of legal regulation of the use of information technologies in the customs area of the EAEU is evolving towards the predominance of dependence on national legislations of its member states. At the same time, the legal basis of decisions and orders of the Supreme Eurasian Economic Council, the Eurasian Intergovernmental Council and the EEC on the issues under consideration determines the organizational aspects related to the provision of information interaction, which is an indicator of the goal of achieving the next level of integration development.

To understand the impact and determine the importance of electronic declaration on the effectiveness of customs payments administration, we analyzed its legal framework at various levels⁵⁴ and believe that there is an opportunity to shift customs procedures into electronic format. This form of declaration makes it possible to exclude the influence of the human factor, to avoid (at the present stage — significantly reduce) the provision of supporting documents, to issue goods automatically. At the same time, all the prerequisites (technical and legal) arise in the

⁵¹ Decision of the Supreme Eurasian Economic Council of 23.12.2014 No. 98 On the Regulations of the Eurasian Economic Commission // SPS Consultant Plus.

⁵² P. 13 of the Statute on the Eurasian Economic Commission (Appendix No. 1 to the Treaty on the Eurasian Economic Union // SPS Consultant Plus.

⁵³ EEC Recommendation No. 2 of 03.02.2015 On the list of standards and recommendations in the field of information and telecommunication technologies and information security used in the creation, operation and development of an integrated information system for foreign and mutual trade// SPS Consultant Plus.

⁵⁴ The national legislation of the member states of the EAEU, acts of supranational and international level of regulation on the researched range of issues were considered.

administration of customs payments to avoid many dissimilar actions and to form a single fiscal channel on the basis of information technologies.



References

- Agaveva D.R., Anisimova E.D., Drobot E.V. (2016) Otsenka effektivnosti raboty tamozhennykh organov Rossiyskoy Federatsii: rezultaty sotsiologicheskogo oprosa [Assessment of the effectiveness of the work of the customs authorities of the Russia: results of a sociological survey]. *Ekonomicheskie otnosheniya*, no 6, pp. 3–11.
- Aleksandrov D.L. (2012) Perspektivy razvitiya informatsionnykh tamozhennykh tekhnologiy: tekhnologia udalennogo vypuska tovarov [Prospects of development of information customs technologies: technology of remote release of goods]. *Perspektivy razvitiya informatsionnykh tekhnologiy*, no 7, pp. 147–151.
- Bakaeva O.Y. (2009) Pravovye aspekty tamozhennogo administrirovaniya: ponyatie i priznaki [Legal aspects of customs administration: concepts and signs]. *Gosudarstvo i pravo*, no 11, pp. 94–98.
- Bondareva A.V. (2014) Vliyanie exportnoy tamozhennoy poshilny na formirovaniye dokhodov federalnogo byudzheta [The influence of the export customs duty on formation of federal budget revenues]. *Gosudarstvo i obschestvo: vchera, segodnya, zavtra. Seriya: Ekonomika*, no 2, pp. 133–141.
- Chuvatova I.S. (2011) *Voprosy sovershenstvovaniya deiatelnosti tamozhennykh organov po upravleniyu tamozhennymi platezhami v Rossii: diss. ... kandidata ekonomicheskikh nauk* [On improving actions of customs bodies in sphere of customs payments in Russia. Candidate of Economics Thesis]. Moscow, 128 p.
- Drobot E.V., Konvalova E.A. (2017) Sovershenstvovaniye elektronnoy deklarirovaniya v tamozhennykh organakh Rossiyskoy Federatsii [Improvement of electronic declaration in the customs bodies of Russia]. *Ekonomicheskie otnosheniya*, no 2, pp. 143–158.
- Kinyakin M.V. (2012) *Tamozhennyye organy kak institut integratsii Rossii v mirovuyu ekonomiyu: diss. ... kandidata juridicheskikh nauk* [Customs bodies as institute of Russia's integration into world economy: candidate of juridical sciences thesis]. Rostov, 214 p.
- Kruss E.E. (2013) *Administrativno-pravovaya deiatelnost' tamozhennykh organov v nalogo-voi sfere: diss. ... kandidata juridicheskikh nauk* [Administrative activity of customs bodies in the tax sphere. Candidate of juridical sciences thesis]. Lyubertsy, p. 26.
- Lobakhin D.V. (2013) Tekhnologia elektronnoy deklarirovaniya: problemy i perspektivy primeneniya [Technology of electronic declaration: issues and prospects of application] *Ekonomicheskie otnosheniya*, no 2, pp. 51–55.
- Lyalin N.M., Chernova L.G. (2014) Tekhnologii elektronnoy deklarirovaniya i udalennogo vypuska tovarov: nekotorye voprosy primeneniya [Technologies of electronic declaring and remote release of goods: issues of application]. *Logisticheskyye sistemy v globalnoy ekonomike*, no 4, pp. 413–417.
- Soklakov A.A., Ostapchuk M.V. (2016) Mekhanizm pravovogo regulirovaniya tamozhennykh platezhey v usloviakh novoy formy ekonomicheskoy integratsii [Mechanism of legal regulation of administration of customs payments and a new form of economic integration] *Simvol nauki*, no 4, pp. 216–218.
- Stamati E.P., Pavlikov I.A. (2016) Ispolzovaniye tekhnologii udalennogo vypuska tovarov v rabote tamozhennykh organov [Using the technology of remote release of goods in the work of customs authorities] *Ekonomicheskie otnosheniya*, no 3, pp. 67–72.

Verish T.A. Problemy vzyimania tamozhennykh platezhey [Issues of collecting customs payments]. *Problemy i perspektivy ekonomiki i menedzhmenta*, no 12, pp. 248–251.

Vinnytsky D.V. (2014) Osnovnye voprosy kosvennogo nalogooblozhenia v Tamozhen-
nom soyuze i perspektivy sovershenstvovaniya mekhanizmov nadnatsionalnoy sudebnoy
zaschity [The main issues of indirect taxation in the Customs Union and the prospects
for improving instruments of supranational judicial protection]. *Rossiyskoe pravo*, no 1,
pp. 12–16.

Vorobyeva E.M. (2013) Peni v nalogovykh otnosheniyakh: doktrina i zakonodatelnoe reg-
ulirovanie [Forfeit in tax relations: doctrine and legal regulation]. *Vestnik Permskogo uni-
versiteta: yuridicheskie nauki*, no 4, pp. 68–81.

Государственный контроль в сфере защиты персональных данных



Л.К. Терещенко

Заслуженный юрист Российской Федерации, зам. заведующего отделом административного законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 115142, Российская Федерация, Москва, Коломенская ул., 21, кв. 234. E-mail: ltereschenko@hse.ru



Аннотация

Статья посвящена наиболее актуальным проблемам, возникающим в процессе применения законодательства о персональных данных при осуществлении государственного контроля за соблюдением установленных требований, а также анализу правоприменительной практики, в том числе защите персональных данных несовершеннолетних. Установленные требования защиты персональных данных рассматриваются с точки зрения обеспечения баланса интересов личности, общества в целом и бизнес-структур, что предполагает соразмерность, обоснованность и выполнимость этих требований, включая требование обеспечить «адекватную» защиту персональных данных. Юридические и технические требования, устанавливаемые в целях обеспечения защиты персональных данных, прав физических лиц и законных интересов юридических лиц, должны быть четко сбалансированы и адекватны, чтобы не создавать помех развитию рынка, с одной стороны, и не нарушать интересов субъектов персональных данных, с другой. Показана практика контроля за соблюдением законодательства о персональных данных. Автором установлено, что контрольные мероприятия, как правило, направлены на обеспечение защиты информации о гражданах как таковой, соблюдение условий ее обработки, а не прав граждан при обработке их персональных данных. Не всегда формальное соблюдение оператором требований законодательства о персональных данных свидетельствует о соблюдении интересов самих субъектов персональных данных. Имеет место направленность государственного контроля на проверку формального соблюдения законодательства, неурегулированность отдельных вопросов, нечеткость норм, позволяющих неоднозначно их трактовать, в том числе при проведении государственного контроля и надзора. В статье проводится анализ общих тенденций развития и совершенствования государственного контроля. Предлагается применение дифференцированного подхода к тем сферам, где обрабатываются персональные данные. Делается вывод о необходимости модернизации организации контрольной деятельности по защите персональных данных, активизации использования новых технологий обработки информации. Особое внимание уделено правоприменительной практике защиты персональных данных несовершеннолетних, в том числе их биометрических персональных данных.



Ключевые слова

государственный контроль, персональные данные, право на неприкосновенность частной жизни, ограничения прав, баланс интересов, судебная практика, несовершеннолетние

Библиографическое описание: Терещенко Л. К. Государственный контроль в сфере защиты персональных данных // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 4. С. 142–161.

JEL: K1; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.142.161

Государственная политика в сфере защиты персональных данных строится исходя из конституционных положений, касающихся неприкосновенности частной жизни, личной и семейной тайн, прав человека, принятого в развитие конституционных положений законодательства и международных обязательств Российской Федерации, в том числе вытекающих из Европейской конвенции о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных (Страсбург, 28.01.1981), а также из Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014¹.

Поскольку право на защиту персональных данных — это право относительное, а не абсолютное², при установлении требований к защите персональных данных принципиальным моментом является обеспечение баланса интересов личности, общества и бизнес-структур, что предполагает соразмерность, обоснованность и реальную выполнимость этих требований, включая требование обеспечить «адекватную» защиту персональных данных. Соответственно, юридические и технические требования, устанавливаемые в целях защиты персональных данных, прав физических лиц и законных интересов юридических лиц, должны быть сбалансированы и адекватны, чтобы не создавать помех развитию рынка, с одной стороны, и нарушения интересов субъектов персональных данных — с другой.

Основные требования к обеспечению защиты персональных данных установлены Федеральным законом от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных»³ (далее — ФЗ № 152-ФЗ) и принятыми в его исполнение под-

¹ Официальный сайт Евразийского экономического союза [Электронный ресурс]: // URL: <http://eaeunion.org/> (дата обращения: 01.08.2018)

² Такой позиции придерживается Конституционный суд Российской Федерации и на этом же принципе строится законодательство ЕС (см. Регламент № 2016/679 Европейского парламента и Совета Евросоюза «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС (Общий Регламент о защите персональных данных)» (Брюссель, 27.04.2016).

³ СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3451.

законными нормативными правовыми актами. Эти требования обращены, прежде всего, к операторам персональных данных, к которым согласно ФЗ № 152-ФЗ относятся государственные и муниципальные органы, юридические или физические лица, самостоятельно или совместно с другими лицами организующие / осуществляющие обработку персональных данных, а также определяющие цели их обработки, состав данных, подлежащих обработке, действия (операции), совершаемые с персональными данными.

Требования к обработке персональных данных вытекают практически из каждой статьи, но есть статьи, непосредственно обращенные к операторам персональных данных. Это ст. 18 «Обязанности оператора при сборе персональных данных», ст. 18.1 «Меры, направленные на обеспечение выполнения оператором обязанностей, предусмотренных настоящим Федеральным законом», ст. 19 «Меры по обеспечению безопасности персональных данных при их обработке». Оператор обязан принимать меры, необходимые и достаточные для выполнения установленных обязанностей. При этом оператор самостоятельно определяет состав и перечень мер, необходимых и достаточных для их обеспечения.

В свою очередь, государство в лице уполномоченных органов осуществляет контроль и надзор за соблюдением установленных законодательством мер. ФЗ № 152-ФЗ содержит самостоятельную главу, посвященную государственному контролю и надзору за обработкой персональных данных, в которой имеется только одна статья, посвященная этой теме — ст. 23. Согласно ей, уполномоченный орган по защите прав субъектов персональных данных обеспечивает, организует и осуществляет государственный контроль и надзор за соответствием обработки персональных данных требованиям ФЗ № 152-ФЗ и принятых в соответствии с ним нормативных правовых актов. В настоящее время функции контроля за выполнением операторами установленных требований возложены на Роскомнадзор. При этом необходимо отметить, что с 1 сентября 2015 г. отношения по контролю и надзору за соблюдением законодательства о персональных данных выведены из сферы действия Федерального закона от 26.12.2008 № 294-ФЗ⁴ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»⁵. В соответствии с ч. 1.1 ст. 23 ФЗ № 152-ФЗ (введенной Федеральным законом от

⁴ Федеральный закон от 21.07.2014 № 242-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части уточнения порядка обработки персональных данных в информационно-телекоммуникационных сетях» // СПС Гарант.

⁵ С 1.09. 2015 также не требуется согласования проверок с прокуратурой. Основаниями для включения проверки в план являются начало осуществления оператором деятельности по обработке персональных данных, а также истечение трех лет со дня государственной регистрации оператора или окончания последней плановой проверки оператора.

22.02.2017 № 16-ФЗ⁶), порядок организации и проведения проверок юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, являющихся операторами обработки персональных данных, уполномоченным органом по защите прав субъектов персональных данных, а порядок организации и осуществления государственного контроля и надзора за их обработкой иными лицами, являющимися операторами, устанавливается Правительством Российской Федерации. Прошло более года, но до сих пор данный нормативный правовой акт не принят⁷.

При исполнении контрольных функций Роскомнадзор действует в соответствии с постановлением Правительства России от 16.03.2009 № 228 «О Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций» (которым утверждено Положение о Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций) и Административным регламентом исполнения Роскомнадзором государственной функции по осуществлению государственного контроля (надзора) за соответствием обработки персональных данных требованиям федерального законодательства в области персональных данных (утв. Приказом Минкомсвязи России от 14.11.2011 № 312).

Согласно Административному регламенту, предметом государственного контроля (надзора) за соответствием обработки персональных данных требованиям законодательства в области персональных данных являются: 1) документы, характер информации в которых предполагает или допускает включение в них персональных данных⁸; 2) информационные системы персональных данных; 3) деятельность по обработке персональных данных.

⁶ Федеральный закон от 22.02.2017 № 16-ФЗ «О внесении изменений в главу 5 Федерального закона «О персональных данных» и статью 1 Федерального закона «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // СЗ РФ. 2017. № 9. Ст. 1276.

⁷ Как сообщает Роскомнадзор, выведение с 1 сентября 2015 года государственного контроля и надзора в области персональных данных из сферы действия Закона № 294-ФЗ изменило отдельные аспекты организации и проведения контрольно-надзорных мероприятий.

⁸ Административный регламент № 312 (п. 67.1) предусматривает приблизительный перечень документов, которые могут выступать предметами проверки. К ним, в частности, относятся: 1) уведомление об обработке персональных данных; 2) локальные акты оператора, регламентирующие порядок и условия обработки персональных данных; 3) письменное согласие субъекта персональных данных на их обработку; 4) документы, подтверждающие соблюдение требований законодательства при обработке специальных категорий и биометрических персональных данных, в частности, наличие у оператора соответствующих оснований для их обработки; 5) документы, подтверждающие уничтожение оператором персональных данных по достижении цели их обработки; 6) документы, необходимые для проверки фактов о возможных нарушениях законодательства о персональных данных, изложенных в обращениях граждан и информации, поступившей в Роскомнадзор; 7) документы, подтверждающие выполнение оператором предписаний об устранении ранее выявленных нарушений законодательства о персональных данных.

Последний предмет контроля настолько широк, что, по сути, включает два первых предмета. Независимо от предмета контроля Служба имеет право запрашивать и получать необходимые документы (сведения) для достижения целей проведения проверки, получать доступ к информационным системам персональных данных в режиме просмотра и выборки необходимой информации, принимать меры по приостановлению или прекращению обработки персональных данных, осуществляемой с нарушениями требований законодательства в области персональных данных, обращаться в суд с исковыми заявлениями в защиту прав субъектов персональных данных и т.д.

Вместе с тем согласно Административному регламенту Роскомнадзор не вправе требовать предъявления оператором документов или информации, если они не относятся к предмету проверки, а также если сведения и документы могут быть получены им из иных органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля.

Как было сказано, Роскомнадзор является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти по защите прав субъектов персональных данных. При этом, как видим, сам субъект персональных данных по общему правилу не информирован о контрольных и проверочных мероприятиях, не инициирует их. Иными словами, контрольные мероприятия, как правило, не зависят от воли лица, чьи персональные данные обрабатываются, от наличия или отсутствия у него претензий к оператору персональных данных, хотя субъект персональных данных сам может обращаться по поводу нарушения его прав (непосредственно к оператору персональных данных, в уполномоченный государственный орган, в судебные органы, в прокуратуру). По сути, правила контроля и надзора направлены на обеспечение защиты информации о гражданах как таковой, соблюдение условий ее обработки, а не прав граждан при обработке их персональных данных.

Далеко не всегда формальное соблюдение оператором требований законодательства о персональных данных свидетельствует о соблюдении интересов самих субъектов персональных данных. В таких случаях государственный контроль оказывается неэффективным. Как правило, это связано с направленностью государственного контроля на проверку формального соблюдения законодательства, неурегулированностью отдельных вопросов, либо нечеткостью норм, позволяющих неоднозначно их трактовать, в том числе при проведении государственного контроля и надзора. Между тем по ст. 2 ФЗ № 152-ФЗ целью этого Закона является обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных, в том числе защиты прав на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну.

Несмотря на то, что отношения по контролю и надзору за соблюдением законодательства о персональных данных выведены из сферы действия Фе-

дерального закона от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля», общие тенденции развития и совершенствования государственного контроля (надзора) и муниципального контроля должны проявляться и в рассматриваемой сфере. К общим тенденциям следует отнести: 1) упор на повышение результативности и эффективности контрольно-надзорной деятельности, в том числе посредством внедрения в деятельность контрольно-надзорных органов риск-ориентированного подхода при организации и осуществлении контрольно-надзорной деятельности; 2) расширение арсенала инструментов, применяемых контрольно-надзорными органами, в первую очередь осуществляемых без взаимодействия этих органов с юридическими лицами⁹.

Необходим также учет задач, поставленных в программе «Цифровая экономика в Российской Федерации» (утв. распоряжением Правительства Российской Федерации от 28 июля 2017 г. № 1632-р), в частности, задачи пересмотреть принципы контрольно-надзорной деятельности с отказом от бумажной отчетности и ее переводом в цифровой вид, в том числе введением цифрового архива, чтобы в максимальной степени обеспечить автоматизацию основных процессов в данной сфере. Учет количества выявленных в результате контрольно-надзорных мероприятий нарушений обязательных требований, назначенных административных наказаний и сумм взысканных административных штрафов не должен служить критериями оценки деятельности органов государственного контроля (надзора) в целом и в сфере защиты персональных данных, в частности.

Важным, на наш взгляд, является применение дифференцированного подхода к тем сферам, где обрабатываются персональные данные, поскольку в целом ряде случаев субъекты персональных данных даже не знают, что их персональные данные обрабатываются, в каких целях и кто их обрабатывает. Чаще всего это происходит в сети Интернет. Новые технологии, прежде всего технология «больших данных», позволяют получить такие персональные данные, которые сам субъект персональных данных не предоставлял, не знает об их обработке и, разумеется, не давал согласия на обработку. Безусловно, технология больших данных требует изощренного правового регулирования.

Роскомнадзор, на который возложен контроль и надзор за соблюдением законодательства о персональных данных, ежегодно готовит отчет о состоянии их защиты. Последний отчет подготовлен за 2016 год. Как следует из

⁹ См., напр.: Распоряжение Правительства России от 01.04.2016 № 559-р «Об утверждении плана мероприятий («дорожной карты») по совершенствованию контрольно-надзорной деятельности в Российской Федерации на 2016–2017 годы» // СЗ РФ. 2016. № 15. Ст. 2118.

отчета, в рамках функции по осуществлению государственного контроля и надзора в 2016 году было проведено 1 307 плановых проверок и 99 внеплановых проверок, а также 333 плановые проверки в отношении государственных органов, муниципальных органов, организующих и (или) осуществляющих обработку персональных данных. Учитывая общее количество операторов персональных данных, такие цифры крайне незначительны.

Как следует из отчета¹⁰, был определен приоритетный круг категорий операторов, охватывающий основные сферы жизнедеятельности, в рамках которых осуществляется обработка персональных данных значительного числа российских граждан. Сюда вошли в том числе рекрутинговые агентства, организации, оказывающие услуги в сфере страхования, гостиничного бизнеса, туризма, электронной дистанционной торговли, в сфере бронирования билетов в рамках осуществления пассажирских перевозок; кредитные организации, дилерские центры, отдельные крупные операторы¹¹. По результатам плановых проверок было выявлено 2 134 нарушения обязательных требований законодательства в области персональных данных, которые сводятся в основном: 1) к представлению уведомления об обработке персональных данных, содержащего неполные и (или) недостоверные сведения; 2) к несоответствию содержания письменного согласия субъекта персональных данных на обработку персональных данных требованиям законодательства; 3) к отсутствию в поручении лицу, которому оператором поручается обработка персональных данных, обязанности соблюдения конфиденциальности персональных данных и обеспечения их безопасности, а также требований к защите обрабатываемых персональных данных.

Данные группы правонарушений не являются значимыми для субъектов персональных данных. Гораздо более существенные нарушения прав субъектов персональных данных происходят в Интернете, при этом Роскомнадзор далеко не всегда может воздействовать на нарушителя, особенно когда интернет-сайты зарегистрированы за пределами России. Неудачность таких попыток наглядно видна в случае с Telegram. По состоянию на 3 мая 2018 года Роскомнадзор заблокировал 50 VPN-сервисов и анонимайзеров, через которые можно было получить доступ к Telegram, за обеспечение доступа к последнему. Однако, как известно, принятые меры не привели к блокировке Telegram. Неэффективность применяемых методов сказывается и на защите персональных данных. Очевидно, что нуждается в модернизации организация контрольной деятельности по защите персональных данных, активизация использования новых технологий обработки информации.

¹⁰ [Электронный ресурс]: // URL: <http://pd.rkn.gov.ru/press-service/subject4/news4210/> (дата обращения: 01.08.2018)

¹¹ Там же.

Правоприменительная практика свидетельствует, что существуют особенности защиты персональных данных несовершеннолетних, в том числе их биометрических персональных данных. При проведении контроля обработки персональных данных несовершеннолетних встают проблемы, на которые нет однозначного ответа. Целесообразно остановиться на этом подробнее, рассмотрев проблему согласия субъекта персональных данных на их обработку, в том числе несовершеннолетних, подходы контролирующего органа к этому вопросу и правоприменительную практику.

Руководство Роскомнадзора обращает внимание на тот факт, что в стране имеется большое количество сайтов, распространяющих персональные данные детей и их родителей в открытом доступе¹². Как правило, сайты принадлежат школам, детским садам, интернатам, а также муниципальным образованиям и администрациям ряда субъектов федерации. При этом, по информации Роскомнадзора, были размещены не только персональные данные самих несовершеннолетних, но и сведения о социальном статусе родителей и их принадлежности к той или иной льготной категории граждан. Безусловно, такой подход недопустим, если не было получено прямого и однозначного согласия субъекта персональных данных. Однако и с позицией Роскомнадзора трудно согласиться. Согласно указанной позиции «в случае, когда данные собираются для информирования родителей, выкладывание данных о детях в Сети будет превышать цель обработки, ради которой эти данные были собраны, даже при наличии отдельного согласия родителей на такую обработку»¹³.

Несоответствие законодательству о персональных данных в данном случае обусловлено избыточностью выбранного способа обработки данных по отношению к заявленным целям обработки персональных данных. При этом контролирующий орган ссылается на «ключевой принцип законодательства в области персональных данных, в том числе международного права, — принцип, по которому «обработка персональных данных должна ограничиваться достижением конкретных, заранее определенных и законных целей. Не допускается обработка персональных данных, несовместимая с целями сбора персональных данных»¹⁴. Все верно, но тогда встает вопрос: а как быть с не менее ключевым принципом согласия на обработку персональных данных, данным своей волей и в своем интересе? Или существует приоритет принципов и согласие субъекта персональных данных можно не принимать во внимание? Ответ кроется в формальном подходе контролирующего органа, не учитывающего того, что согласно ст. 2 ФЗ № 152-ФЗ целью закона является обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональ-

¹² Там же.

¹³ Там же.

¹⁴ Там же.

ных данных. Полагаем, что при наличии осознанного, данного своей волей и в своем интересе согласия на обработку персональных данных права и свободы субъекта персональных данных не нарушаются.

Важно обратить внимание на аргументы контролирующего органа: оператор, выложив персональные данные граждан в глобальную сеть Интернет, которые он собрал в определенных целях, уже не сможет контролировать и обеспечить обещанные субъекту данных условия обработки¹⁵. Это действительно так, но эта ситуация касается любых субъектов персональных данных, а не только несовершеннолетних. В связи с этим возникает глобальный вопрос: каков правовой режим персональных данных, размещенных в сети Интернет, прежде всего в социальных сетях? Они становятся открытыми и общедоступными или сохраняют режим конфиденциальности? Однозначного ответа на этот вопрос снова нет.

Социальные сети в большинстве случаев являются тематическими: по профессиональному признаку, месту обучения, интересам и т.д. В зависимости от этого меняется и перечень персональных данных, которые пользователь социальной сети размещает в ней. Так, в профиле пользователя социальной сети «ВКонтакте» пользователю предлагается указать: пол, возраст, фамилию, имя, отчество, место жительства, место учебы, факультет, специальность, место работы, данные о родственниках пользователя и т.д. Необходимо отметить, что данная информация публикуется пользователями добровольно и достоверность публикуемых данных не проверяется. Что касается несовершеннолетних, то они сами охотно делятся информацией о себе и своих близких, не задумываясь о последствиях, но это вопрос не права, а правовой грамотности. Многие социальные сети открыто собирают важные сведения о пользователях. В анкетах есть вопросы о возрасте, роде занятий, об увлечениях и о прошлом — обо всем том, что идентифицирует человека как личность. Размещенная в социальных сетях информация становится доступной широкому кругу лиц.

Социальные сети активно используются и государственными органами, в том числе для поиска лиц по их персональным данным. Существуют Методические рекомендации по использованию сети Интернет в целях поиска информации о должниках и их имуществе, подготовленные Федеральной службой судебных приставов (от 30.11.2010 № 02-7 (в ред. письма ФССП от 16.03.2011 № 12/02-5588-ап))¹⁶. Подготовлены настольные книги для судебных приставов, описывающие последовательность действий в социальных сетях¹⁷.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Бюллетень Федеральной службы судебных приставов. 2011. № 1.

¹⁷ См., напр.: Настольная книга судебного пристава-исполнителя/ под ред. В.А. Гуреева. М.: Статут, 2011.

Объектами поиска в целях исполнения требований исполнительных документов являются должники-граждане и должники-организации. Первоначальный поиск сведений о должниках рекомендуется осуществлять в поисковых системах (например, yandex.ru, google.ru, bing.com, yahoo.com, rambler.ru, metabot.ru, search.com); в каталогах (например, yasa.yandex.ru, list.mail.ru, vsego.ru); на сайтах социальных сетей, в которых необходимая информация может содержаться не только на персональных страницах граждан, но и на интернет-страницах социальных сетей, объединяющих пользователей — работников организаций — в группы (например, odnoklassniki.ru, vkontakte.ru, facebook.com, linkedin.com и др.); в блогах, которые могут быть личными, групповыми/корпоративными, общественными, тематическими или общими (например, livejournal.com, my.ya.ru, twitter.com, li.ru, blogs.mail.ru, diary.ru); в базах данных адресов и телефонов (например, 09service.com, pomer.org, lookup.com); на электронных досках объявлений о покупке / продаже имущества; в открытых базах данных государственных и коммерческих организаций; на сайтах новостей, где содержится информация о фамилиях граждан и наименованиях организаций, участвующих в тех или иных событиях.

Судебными приставами проводится изучение содержимого Интернет-страниц, что нередко позволяет установить местонахождение как должника, так и его имущества. Анализ контактов (родственники, коллеги, партнеры, друзья), фотографий (места фотографирования, окружающий интерьер, комментарии к фотографиям), выставленных должниками-гражданами на Интернет-страницах, позволяет судебному приставу установить как имущество должника, так и его местонахождение.

Рекомендуется активно использовать информацию, получаемую от интернет-провайдеров (наличие договора о доступе в сеть Интернет, IP-адрес, место установки конечного оборудования (компьютера), что позволит установить возможное место жительства должника и местонахождение принадлежащего ему имущества). Право получать при совершении исполнительных действий необходимую информацию, в том числе персональные данные, дано судебным приставам в соответствии со ст. 12 Федерального закона от 21.07.1997 № 118-ФЗ «О судебных приставах»¹⁸. При обнаружении должника судебный пристав входит с ним в контакт также с использованием социальных сетей и информирует его о возбуждении исполнительного производства с целью оплаты задолженности.

Общаясь в социальных сетях («Одноклассники», «ВКонтакте» и др.), должники регистрируются в качестве пользователей, при этом оставляют свои анкетные данные (сведения о месте жительства, месте работы, семей-

¹⁸ СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3590.

ном положении, увлечениях). Данная информация может быть использована судебными приставами для установления места жительства, места работы должника. Информация об увлечениях должника поможет определить круг органов и организаций, которые могут поставить информацию об имущественном положении должника.

В книге М.Т. Саблина¹⁹ приводится пример, когда должника находят через социальные сети, где был зарегистрирован ребенок должника и указан номер школы. В дальнейшем в школе, где обучался ребенок, были получены сведения о фактическом месте жительства его родителей и номера их телефонов. Автор характеризует такой способ (через образовательное учреждение, в котором обучаются несовершеннолетние дети) перспективным. Вместе с тем предлагаемый подход с использованием несовершеннолетнего вряд ли отвечает моральным критериям.

Разумеется, должники нарушают закон, они подлежат розыску, принудительному исполнению решения суда, но насколько соответствует закону такое поведение должностного лица, наделенного официальными полномочиями, когда он получает информацию персонального характера обманным путем, выдавая себя за другую личность и используя неопытность несовершеннолетнего, с непредсказуемыми для последнего последствиями и психологическими травмами? Вероятно, в данном случае цель не может оправдывать средства.

Утечки персональных данных в Интернете имеют место практически во всех странах, и Россия не является исключением. Ежегодно происходят «громкие» утечки в российском сегменте Интернета. Но, пожалуй, не это главное. Принципиально важным, на наш взгляд, является различный подход к государственным и негосударственным структурам в вопросе защиты персональных данных. Так, при утечке конфиденциальной информации о клиентах Пенсионного фонда России, которая содержала полные имена и фамилии клиентов Фонда, их идентификационные номера налогоплательщика (ИНН), данные о размере страховой и накопительной частей пенсии, а также сумму взносов в фонды обязательного медицинского страхования, представители Фонда заявили, что скомпрометированные данные не являются персональными, потому что по ним нельзя идентифицировать человека. Встает вопрос: если такие данные не защищаются государственными органами и не являются персональными данными, то что же тогда подлежит защите? И если данная информация является открытой, то на каких основаниях аналогичную информацию отказываются сообщать другим заинтересованным лицам?

¹⁹ Саблин М.Т. Взыскание долгов: от профилактики до принуждения: практическое руководство по управлению дебиторской задолженностью. М., 2011 // СПС КонсультантПлюс.

Возвращаясь к образовательным учреждениям, следует обратить внимание на еще одну опасность, которую выявил Роскомнадзор. При проверках было установлено, что в ряде случаев услуги хостинга сайтам образовательных учреждений, на которых были размещены персональные данные детей, предоставлялись иностранными компаниями, расположенными на территории США, Британских Виргинских островов, которые не являются участниками Конвенции Совета Европы в сфере защиты персональных данных (1981) и не обеспечивают адекватной защиты прав субъектов персональных данных²⁰. Такая ситуация имеет место не только в отношении образовательных учреждений. Однако этот вопрос уже решен: еще с сентября 2016 года операторы обязаны хранить и обрабатывать данные российских граждан на территории России.

В выступлениях руководителей Роскомнадзора подчеркивается, что «распространение личной информации не только нарушает требование законодательства в области персональных данных, но также может повлечь за собой неблагоприятные последствия для детей и их родителей»²¹. Здесь отчетливо просматривается позиция Роскомнадзора, которая не вполне соответствует действующему законодательству. Принципиальный момент — кто распространяет личную информацию. Если это сам субъект персональных данных, совершеннолетний и дееспособный, или оператор, которому своей волей и в своем интересе дано согласие на обработку, то почему их действия будут рассматриваться как нарушение требований законодательства? Законодательство устанавливает требования в целях защиты прав субъектов персональных данных. Если сам субъект дал согласие на обработку своих персональных данных, то их обработка в пределах данного согласия не может быть незаконной. Что касается «неблагоприятных последствий для детей и их родителей», то такая вероятность существует в отношении каждого, кто пользуется Интернетом. Снизить риск нарушения прав субъектов персональных данных — это задача контролирующих органов (соблюдая при этом законные интересы субъектов).

Недавно по целому ряду регионов России прошли проверки Роскомнадзором детских учебных заведений на предмет соблюдения законодательства о персональных данных в отношении учеников в рамках оказания услуг учета и организации питания в общеобразовательных организациях, результаты которых вскрыли пробелы в действующем законодательстве, а также весьма спорную позицию Роскомнадзора.

²⁰ [Электронный ресурс]: // URL: <http://pd.rkn.gov.ru/press-service/subject4/news4210/> (дата обращения: 01.08.2018)

²¹ Там же.

Суть проблемы сводилась к следующему. В целом ряде школ внедряется система «Ладшки», которая активно используется школой, обучающимися и их законными представителями (исключительно с их согласия). С использованием системы «Ладшки» осуществляются организация и информационное взаимодействие со школой, производственными подразделениями, получателями услуг питания и их законными представителями, учет производственных и коммерческих операций в процессе оказания услуг, сбор платы за питание. За счет «обратной связи» с родителями, обеспечиваемой системой «Ладшки» (индивидуальный отчет о питании и списании денежных средств), усилен родительский контроль над питанием детей. Вместе с тем данная практика была признана контролирующими органами противоречащей ФЗ № 152-ФЗ (обработка биометрической информации в рамках оказания услуг учета и организации питания в общеобразовательных организациях, изначально не предполагающих сбор биометрических персональных данных, отсутствие согласия несовершеннолетнего, обработка, выходящая за пределы целей образовательного учреждения).

Как излагают свою позицию должностные лица Роскомнадзора, она сводится к анализу целеполагания и правовых оснований обработки биометрических персональных данных несовершеннолетних. Кроме того, по мнению руководства данного ведомства, положения ч. 1 ст. 11 ФЗ № 152-ФЗ²² не подлежат расширительному толкованию и не предусматривают возможности получения согласия на обработку биометрических персональных данных от законного представителя субъекта персональных данных. Действующим законодательством не регламентирован порядок оказания услуг учета и организации питания в общеобразовательных организациях с применением систем идентификации биометрических данных несовершеннолетних. В связи с этим, по мнению уполномоченного органа, указанная обработка биометрических персональных данных будет противоречить требованиям федерального законодательства в области персональных данных²³.

С такой позицией трудно согласиться. В проекте «Ладшки» применяется технология PalmSecure компании Fujitsu. Указанная технология основана на бесконтактном васкулярном методе аутентификации, подразумевающем обработку фотоизображения рисунка вен ладони, полученного в диапазоне, близком к инфракрасному. Сведения об особенностях рисунка вен ладони, подлежащие обработке при осуществлении проекта «Ладшки», относятся

²² Сведения, которые характеризуют физиологические и биологические особенности человека, на основании которых можно установить его личность (биометрические персональные данные) и которые используются оператором для установления личности субъекта персональных данных, могут обрабатываться только при письменном согласии субъекта персональных данных.

²³ [Электронный ресурс]: // URL: <http://pd.rkn.gov.ru/press-service/subject4/news4210/> (дата обращения: 01.08.2018)

к биометрическим персональным данным. В то же время сведения об особенностях рисунка вен ладони руки человека, позволяющие установить его личность, нельзя квалифицировать в качестве дактилоскопической информации. Информация об особенностях рисунка вен ладони не содержит сведений об особенностях папиллярного узора ладони и поэтому дактилоскопической информацией не является. В связи с этим обработка сведений об особенностях рисунка вен ладони руки человека не подпадает под действие Закона о государственной дактилоскопической регистрации.

Следует также обратить внимание на то, что Закон о государственной дактилоскопической регистрации регламентирует исключительно государственную дактилоскопическую регистрацию, т.е. деятельность, осуществляемую органами исполнительной власти и федеральными государственными учреждениями по получению, учету, хранению, классификации и выдаче дактилоскопической информации, установлению или подтверждению личности человека.

Обработка биометрических персональных данных установлена ст. 11 ФЗ № 152-ФЗ. В этой статье установлены две особенности обработки биометрических персональных данных по сравнению с общим порядком обработки персональных данных. Одна из этих особенностей состоит в том, что в случаях, предусмотренных в ч. 2 ст. 11 ФЗ № 152-ФЗ, обработка биометрических персональных данных может осуществляться без согласия субъекта персональных данных, тогда как по общему правилу обработка персональных данных без получения согласия субъекта персональных данных допускается только при определенных условиях. Другая особенность обработки биометрических персональных данных, предусмотренная в ст. 11, заключается в требовании выражения согласия на обработку биометрических персональных данных исключительно в письменной форме, если их обработка может осуществляться только с согласия субъекта персональных данных. Ни в какую другую форму, кроме письменной, согласие на обработку биометрических персональных данных не может быть облечено. Иных, помимо указанных выше, особенностей, связанных с обработкой биометрических персональных данных, в ч. 1 ст. 11 ФЗ № 152-ФЗ не установлено.

Указывая в ч. 4 ст. 9 и ч. 1 ст. 11 ФЗ № 152-ФЗ на согласие в обязательной письменной форме субъекта персональных данных, законодатель охватывает ситуацию, когда субъект персональных данных дееспособен и может выразить согласие на обработку биометрических персональных данных в письменной форме сам или посредством своего представителя (с соответствующим полномочием, предоставленным ему дееспособным субъектом персональных данных), а также ситуацию, когда субъект персональных данных является несовершеннолетним или признан в установленном порядке

недееспособным, вследствие чего согласие на обработку его биометрических персональных данных в письменной форме выражается от имени субъекта персональных данных его законным представителем.

Несовершеннолетние и лица, признанные в установленном порядке недееспособными, не могут сами дать согласие на обработку своих персональных данных, в том числе биометрических персональных данных. В результате применения ч. 1 ст. 11 ФЗ № 152-ФЗ в истолковании рассматриваемой нормы контролирующим органом, указанные категории физических лиц оказались лишены права быть представленными в соответствующих отношениях своими законными представителями, т.е. ограничены в осуществлении своих гражданских прав и устранены от участия в значительном сегменте общественных отношений.

Одновременно нарушаются и права родителей несовершеннолетних. Так, предусмотренная проектом «Ладошки» обработка биометрических персональных данных школьников, как было сказано, направлена на организацию безналичной оплаты питания школьников и контроля посещаемости ими школ, следовательно, на обеспечение здорового развития детей, получения ими образования и их безопасности. Забота о детях — конституционное право и одновременно конституционная обязанность родителей (ч. 2 ст. 38 Конституции Российской Федерации). Родители несут ответственность за воспитание и развитие своих детей (п. 1 ст. 63 Семейного кодекса). Исключение на практике, вопреки смыслу ч. 1 ст. 11 ФЗ № 152-ФЗ, подлежащей применению в ее системной связи с положениями ст. 6 и 9 названного Закона и общеправовым институтом законного представительства, возможности обработки биометрических персональных данных ребенка, не отвечает приведенным положениям Конституции России, целям государственной политики в отношении детей и целям ФЗ № 152-ФЗ.

Иными словами, позиция, в соответствии с которой на основании ч. 1 ст. 11 ФЗ № 152-ФЗ только сам субъект персональных данных может дать согласие на обработку его биометрических персональных данных, вследствие чего согласие его представителя, включая законного представителя несовершеннолетнего или недееспособного лица, на обработку указанных персональных данных юридического значения не имеет, является ошибочной. Она вызвана вычленением текста рассматриваемой нормы и из системы норм соответствующего законодательного акта, и из правовой системы в целом, прочтением правового предписания ч. 1 ст. 11 ФЗ № 152-ФЗ изолированно, вне его связей и необходимости совместного применения с другими нормами права.

Выражение законным представителем согласия в письменной форме на обработку биометрических персональных данных от имени представляемого

го означает наличие согласия субъекта персональных данных в письменной форме на обработку его биометрических персональных данных, которое необходимо в соответствии с ч. 1 ст. 11 ФЗ № 152-ФЗ²⁴. Тем не менее, некоторая правовая неопределенность все же сохраняется. Чтобы устранить ее, в 2018 году разработан проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О персональных данных», согласно которому согласие на обработку персональных данных недееспособного либо несовершеннолетнего субъекта персональных данных дает законный представитель субъекта персональных данных. Предлагается также установить особенности регулирования в отношении лиц, достигших 14 лет, и осуществляющих трудовую деятельность. Эти несовершеннолетние будут вправе давать согласие на обработку своих персональных данных самостоятельно, если обработка таких персональных данных осуществляется в связи с трудовой деятельностью субъектов персональных данных.

Решит ли данный законопроект проблему? Отчасти, да. Но другая составляющая проблемы — позиция контролирующих органов, согласно которой «в случае, когда данные собираются для информирования родителей, выкладывание данных о детях в Сети не будет соотноситься с целью обработки, ради которой эти данные собирались, даже при наличии отдельного согласия родителей на такую обработку»²⁵, и, соответственно, рассматривается как нарушение законодательства о персональных данных. Иными словами, мы будем защищать ваши персональные данные, даже если вы этого не хотите.

Формулируя данную позицию, контролирующий орган приходит к следующему выводу, положенному в основу контрольной деятельности: «лишь обработка персональных данных детей в виде предоставления доступа ограниченному кругу лиц будет соответствовать целям образовательной деятельности»²⁶. Исходя из такой позиции, даже указание победителей олимпиад, имена медалистов сможет узнать лишь «ограниченный круг лиц». Иными словами, информация, представляющая собой гордость обучающихся, их родителей, учителей и школы в целом, — это информация ограниченного доступа.

²⁴ За рубежом единого подхода к обработке биометрических персональных данных в сходных случаях не выработано. Так, во Франции не дают разрешения на обработку отпечатков пальцев для доступа в школьную столовую, в то время как признана допустимой обработка геометрии рук для этих целей. Для этих же целей в Великобритании допустимо использовать отпечатки пальцев (см. Cnil Annual Report. Available at: <https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/CNIL-AnnualReport-2008.pdf> (дата обращения: 01.08.2018); *Zorkadis V., Donos P.* On biometricsbased authentication and identification from a privacyprotection perspective // *Information Management & Computer Security*. 2004. Vol. 1. P. 132–133.

²⁵ [Электронный ресурс]: // URL: <http://d-russia.ru/personalnye-dannye-nedetskie-problemy.html> (дата обращения: 01.08.2018)

²⁶ Там же.

Применительно к получению согласия субъекта персональных данных на обработку его персональных данных в правоприменительной практике имеется еще один аспект. Установлено, что субъект персональных данных принимает решение о предоставлении его персональных данных и дает согласие на их обработку свободно, своей волей и в своем интересе. Согласие на обработку персональных данных должно быть конкретным, информированным и сознательным. Однако контрольные мероприятия, проводимые Роскомнадзором, не позволяют установить характера данного согласия: было ли оно конкретным, информированным и сознательным. В значительном числе случаев лицо либо должно согласиться на обработку своих персональных данных, либо отказаться от необходимой ему услуги. Анализ судебной практики свидетельствует, что по указанным вопросам чаще дает предписания об устранении нарушения законодательства о персональных данных антимонопольный орган.

Показательным является Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 02.04.2018 № Ф07-16307/2017 по делу № А44-745/2017, которым было оспорено предписание антимонопольного органа, выявившего в ходе проверки факты включения страховым обществом в договоры страхования условий, ущемляющих права потребителей, в том числе в части обработки персональных данных. Суды согласились с позицией антимонопольного органа, который указал, что спорные условия изложены таким образом, что у потребителя отсутствует возможность выражения согласия или отказа от обработки персональных сведений.

В заключение полагаем целесообразным привести выдержку из Регламента № 2016/679 Европейского парламента и Совета Евросоюза «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС («Общий Регламент о защите персональных данных», принятый в Брюсселе 27.04.2016): «Право на защиту персональных данных не является абсолютным правом, его необходимо рассматривать относительно его функции в обществе, оно должно быть уравнено с другими основными правами в соответствии с принципом пропорциональности»²⁷. Восприятие такого подхода позволит реализовать предусмотренные программой «Цифровая экономика Российской Федерации» меры по обеспечению прав человека в цифровом мире, меры контроля обработки и доступа к персональным данным, в том числе в социальных сетях и прочих средствах социальной коммуникации, на основе баланса интересов.

²⁷ См.: Регламент № 2016/679 Европейского парламента и Совета Евросоюза «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС» // СПС Гарант.



Библиография

- Али М. Персональные данные: обязанности и ответственность оператора // ЭЖ-Юрист. 2017. № 12. С. 5–8.
- Грибанов А.А. Общий регламент о защите персональных данных: идеи для совершенствования российского законодательства // Закон. 2018. № 3. С. 149–162.
- Жердина С., Двенадцатова Т., Чмыхов В. Регламент ЕС о персональных данных // ЭЖ-Юрист. 2017. № 33. С. 8–13.
- Камалова Г.Г. Биометрические персональные данные: определение и сущность // Информационное право. 2016. № 3. С. 8–12.
- Михайлова И.А. Персональные данные и их правовая охрана: некоторые проблемы теории и практики // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 10. С. 11–18.
- Наумов В.Б., Архипов В.В. Понятие персональных данных: интерпретация в условиях развития информационно-телекоммуникационных технологий // Российский юридический журнал. 2016. № 2. С. 186–196.
- Настольная книга судебного пристава-исполнителя / под ред. В.А. Гуреева. М.: Статут, 2011. 888 с.
- Постникова Е.В. Некоторые аспекты правового регулирования защиты персональных данных в рамках внутреннего рынка Европейского союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 234–254.
- Проскуракова М.И. Конституционно-правовые основы защиты персональных данных в России и Германии в истолковании органов конституционного правосудия // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 1. С. 29–44.
- Право в сфере Интернета: сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018. 528 с.
- Савельев А.И. Направления регулирования Больших данных и защита неприкосновенности частной жизни в новых экономических реалиях // Закон. 2018. № 5. С. 122–144.
- Савельев А.И. Научно-практический постатейный комментарий к Федеральному закону «О персональных данных». М.: Статут, 2017. 320 с.
- Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М.: Статут, 2016. 640 с.
- Соколова О.С. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации в сфере персональных данных // Современное право. 2015. № 10. С. 88–93.
- Zorkadis V., Donos P. On Biometrics-based Authentication and Identification from a Privacy-protection Perspective // Information Management & Computer Security. 2004. Vol. 1. P. 125–137.

State Control in Personal Data Protection



Lyudmila K. Tereschenko

Deputy Head, Department of Administrative Legislation and Procedure, Institute of Legislation and Comparative Legislation under the Government of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 21 Kolomenskaya Str., Moscow, 115142, Russian Federation. E-mail: ltereschenko@hse.ru



Abstract

The article is devoted to the most topical problems arising while applying personal data legislation performing state control over observing requirements and the analysis of judicial practice including the protection of personal data of minors. The requirements regarding personal data protection are examined in terms of ensuring the balance of interests of personality, society and business organizations, which supposes the balance, relevance and feasibility of the requirements including the requirement to guarantee the adequate protection of personal data. Legal and technical requirements to protect personal data, the rights of legal persons and judicial interests of legal persons should be balanced and sufficient not to impede the development of market and to avoid the violation of the interests of the subjects of personal data. The author has shown that the measures of control usually target the observation of the data protection related to citizens, the observation of the information protection but not the observation of the rights of citizens while processing personal data. The paper examines the general tendencies in the development and improvement of state control. The paper concludes that it is necessary to update the organization of control activity related to the personal data protection, application of new technologies to process information. A special attention is given to the protection of personal data for minors, in particular their biometric personal data.



Keywords

state control, personal data, right in privacy, limitation of rights, balance of interests, case practice, minors.

Citation: Tereschenko V.K. (2018) State Control in Personal Data Protection. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 142–161 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.142.161



References

Ali M. (2017) Personal'nye dannye: obyazannosti i otvetstvennost' operatora [Personal data: duties and responsibility]. *EZh-Yurist*, no 12, pp. 5–8.

Gribanov A.A. (2018) Obshchiy reglament o zashchite personal'nykh dannykh (General Data Protection Regulation): idei dlya sovershenstvovaniya rossiyskogo zakonodatel'stva [General data protection regulation: improving Russian legislation]. *Zakon*, no 3, pp. 149–162.

Gureev V.A. (ed.) (2011) *Nastol'naya kniga sudebnogo pristava-ispolnitelya* [Reference book of court enforcement officer]. Moscow: Statut, 210 p. (in Russian)

Kamalova G.G. (2016) Biometricheskie personal'nye dannye: opredelenie i sushchnost' [Biometric personal data: definition and essence]. *Informatsionnoe pravo*, no 3, pp. 8–12.

Mikhaylova I.A. (2017) Personal'nye dannye i ikh pravovaya okhrana: nekotorye problemy teorii i praktiki [Personal data: legal protection]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 10, pp. 11–18.

Naumov V.B., Arkhipov V.V. (2016) Ponyatie personal'nykh dannykh: interpretatsiya v usloviyakh razvitiya informatsionno-telekommunikatsionnykh tekhnologiy [Concept of personal data in the age of IT]. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 2, pp. 186–196.

Postnikova E.V. (2018) Nekotorye aspekty pravovogo regulirovaniya zashchity personal'nykh dannykh v ramkakh vnutrennego rynka Evropeyskogo soyuza [Aspects of legal regulation of personal data protection within the EU internal market]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 234–254.

Proskuryakova M.I. (2015) Konstitutsionno-pravovye osnovy zashchity personal'nykh dannykh v Rossii i Germanii v istolkovanii organov konstitutsionnogo pravosudiya [Constitutional basics of protecting personal data in Russia and Germany]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no 1, pp. 29–44.

Rozhkova M.A. (ed.) (2018) *Pravo v sfere Interneta* [Law in the sphere of the Internet]. Moscow: Statut, 528 p. (in Russian)

Savel'ev A.I. (2017) *Nauchno-prakticheskiy postateynny kommentariy k Federal'nomu zakonu «O personal'nykh dannykh»* [Article-by-article commentary to the Federal Law On Personal Data]. Moscow: Statut, 320 p.

Saveliev A.I. (2018) Napravlenia regulirovaniya bolshih dannyh i zaschita neprikosnovennosti chastnoi zhizni v novykh ekonomicheskikh realiah [Regulation of Big Data and Protection of Privacy Now]. *Zakon*, no 5, pp. 122–144.

Savel'ev A.I. (2016) *Elektronnaya kommersiya v Rossii i za rubezhom: pravovoe regulirovanie* [Electronic commerce in Russia and abroad]. Moscow: Statut, 640 p. (in Russian)

Sokolova O.S. (2015) Pravovye pozitsii Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii v sfere personal'nykh dannykh [Legal principles of Russian Constitutional Court in the sphere of personal data]. *Sovremennoe pravo*, no 10, pp. 88–93.

Zherdina S., Dvenadtsatova T., Chmykhov V. (2017) Reglament ES o personal'nykh dannykh [EU regulation on personal data]. *EZh-Yurist*, no 33, pp. 8–3.

Zorkadis V., Donos P. (2004) On biometrics-based authentication and identification from a privacy-protection perspective. *Information Management and Computer Security*, vol. 1, pp. 125–137.

The Communicative Theory of Punishment and Repentance



Alexander Chitov

Assistant Professor, Faculty of Law, Chiang Mai University. Address: 239 Huay Kaew Road, Chiang Mai 50200, Thailand. E-mail: alexandre.c@cmu.ac.th



Abstract

The paper argues that the repentance of an offender can make his punishment inappropriate and that courts must consider repentance as a sufficient reason not to inflict punishment at all or to reduce it. The discussion begins with an examination of the communicative theory of punishment which acknowledges that punishment must aim at the repentance of offenders. However, this theory, as brilliantly presented in the works of Antony Duff, does not admit generally that repentance is a sufficient reason to remit punishment. Another representative of the communicative theory, John Tasioulas, argues that repentance must be considered as a ground for mercy. Both writers, however, perceive repentance outside the normative framework of criminal justice process. The author argues that repentance can and must be an essential element in inflicting or remitting punishment. The reasons to support such a conclusion are drawn from a variety of writings ranging from traditional criminology to the theological writings of Augustine, Aquinas, and Calvin.



Keywords

legal theory, concept, offender, quilt, clemency, correction

Citation: Chitov A. (2018) The Communicative Theory of Punishment and Repentance. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 162–180 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4. 162.180

Introduction

The importance of connecting punishment with repentance has been long acknowledged by criminologists. There is a big difference between punishment which brings about change in the perpetrator's behaviour by helping him to realize the detrimental effect of his act on the one hand, and punishment on the other hand which contributes to the formation of a negative self-image of the offender and strengthens his criminal inclinations. Criminology is much driven by this

pragmatism. Repentance clarifies the moral nature of punishment as it has been developed within the theory of communicative justice. There is, however, a general perception that repentance is not a legal reason for remission or reduction of punishment, even though it may be a ground for mercy. It will be shown that the communicative theory of criminal justice, despite its merit, fails to acknowledge the due place that repentance must take within the criminal justice process.

This paper is not limited to a particular system of criminal law. Repentance as a ground for remission or reduction of punishment can be found in many jurisdictions. Law news from lower courts around the world give many examples when judges determine the measure of punishment according to their finding whether the accused has repented or not¹. One common objection as for why repentance cannot be a ground for remission of punishment is that criminal law does not allow that. This work neither affirms nor confronts this objection. Instead, the viewpoint of a Legal Realist can be taken as a starting point.² Law is what judges actually do, and the fact is that there will always be some room to take repentance seriously by completely remitting punishment, granting probation, or reducing the term of imprisonment for a repentant offender. When giving their judgements, the courts may refer to repentance as the reason for a particular measure of punishment,³ but more likely, there will be no written trace of that.

This work does not present an empirical study how courts treat repentance of offenders. Rather it attempts to defend the thesis that repentance must be a ground for remission of punishment. In other words, courts must treat repentance as a sufficient reason not to inflict punishment at all or to reduce it. The discussion begins with an examination of the communicative theory of punishment acknowledging that punishment must aim at the repentance of offenders. However, this theory, as brilliantly presented in the works of Antony Duff⁴, does not admit generally that repentance is a sufficient reason to remit punishment. Another representative of the communicative theory of punishment, John Tasioulas⁵, argues that repentance must be considered as a ground for mercy. Both writers, however, perceive

¹ Evesham gardener from Spring Valley jailed for burglary. 2017. Available at: <http://www.eveshamjournal.co.uk/news/1532956> (accessed: 01.11.2018). China jails former senior judge for life in graft case. 2017. Available at: <http://www.reuters.com/article/us-china-corruption-court-idUSKBN15V10W> (accessed: 10.11.2018)

² Holmes O. *The Common Law*. Boston: Little, 1881. P. 172–173.

³ *United States v. Biscoe* (1975). *Scott v. U.S* (1969).

⁴ See: Duff A. *Punishment, communication, and community*. Oxford, 2001; *idem*. *The Intrusion of Mercy* // *Ohio St. J. Crim. L.*, 2007, vol. 4, p. 361; Duff A. (ed.). *Philosophical foundations of criminal law*. Oxford, 2013; Duff A. *Towards a modest legal moralism* // *Criminal Law and Philosophy*, 2014. P. 1–19.

⁵ Tasioulas J. *Punishment and Repentance*. *Philosophy*, 2006, vol. 81, p. 279; *idem*. *Repentance and the Liberal State* // *Ohio St. J. Crim. L.*, 2007, vol. 4. P. 487; *idem*. *Where is the Love. The Topography of Mercy* / R. Cruft (ed.) *Crime, punishment, and responsibility: The jurisprudence of Antony Duff*. Oxford, 2011. P. 37–53.

repentance as outside the framework of criminal justice process. The fact that positive law may ignore the experience of repentance does not mean that judges do and must ignore it as well.

The justification for bringing repentance into the ambit of the sentencing mechanism can proceed following several lines. It can be argued that there is a higher natural law judges must take into account when interpreting positive law provisions. Another justification can be based on the idea of human rights and a following requirement to respect the offender who repents. This paper chooses another line of argument that combines traditional criminology with the theological writings of Augustine, Aquinas, and Calvin.

Crime and the Criminal

Repentance is a certain response by an individual (the criminal) to his crime. Therefore, it is important to outline briefly the concepts of crime and the criminal before repentance itself is properly considered. A criminal is a person who is guilty of committing a crime. All the terms used in this definition of a criminal: person, guilt and crime require further clarification, and indeed these are an object of an extensive literature. Even a brief consideration of this would go beyond the scope of this paper. Nevertheless, a brief definition is necessary to make the object of this enquiry more precise. Guilt is here understood not as a feeling of anxiety or unhappiness of a person who did something wrong, even though this meaning of guilt relates directly to the idea of repentance. Instead, guilt is understood here as an official finding of one's responsibility for a crime. Crime itself is more difficult to define even from a purely legal positivist approach since many offences can fall somewhere in between crime, tort and administrative delict. In order to make the argument of this paper more explicit, crime is defined by its formal characteristic — a decision of a court that the deed under consideration is a crime. In other words, crime is what courts think to be such. The same applies to the definition of a criminal. These definitions have been maintained in the tradition of Legal Realism⁶.

Within jurisprudence, Legal Realism advocated an empirical approach to studying law⁷. It is noteworthy that Legal Realism was particularly strong in the United States, also a pioneer in many fields of criminology⁸. However, Legal

⁶ Paul J. The Legal Realism of Jerome N. Frank: A Study of Fact-Skepticism and the Judicial Process. Brill, 2012. P. 141.

⁷ See: Holmes O. The Path of the Law // *Harvard Law Review*, 1897, vol. 10, p. 457–478.

⁸ See: Llewellyn K. The Brumble Bush. N.Y. 1969; idem. Recht, Rechtsleben, und Gesellschaft. Berlin, 1977.

Realism was not limited to Common Law countries⁹. The Realist understanding of crime makes the object of the present research more specific and subject to empirical study. Such a formal definition of crime and the criminal can close a gap between traditional jurisprudence and criminology which is perceived by many academics¹⁰. The Realist definition of crime and the criminal is accepted openly by some criminologists¹¹ and is implicitly present in most criminological works which do not make an effort to provide clear definitions. Despite its merit, the empirical approach to punishment has not produced so far a comprehensive criminological study of repentance within the tradition of Legal Realism.

Contemporary criminology considers legal penalties as the means of preventing crime¹². Two types of prevention are generally singled out. The first is general prevention. The mere existence of a mechanism of discovering, prosecuting, condemning and punishing offenders serves as a deterring factor from committing crimes for any member of society. Special prevention (sometimes called individual or particular prevention) has the goal to force a particular offender to abstain from crime in the future. Punishment in his case can be seen as a kind of lesson not to repeat a previous mistake again. It would be natural to conclude that general prevention as well as special prevention pursues certain educational goals. One can also assume that such education aims at forming a good conscience in former offenders by means of repentance. Paradoxically, the moral side of general, and, particularly, special prevention is denied by some leading criminologists. For example, German criminologist, Karl-Ludwig Kunz¹³ openly said that special prevention aims at enforcing compliance with the expectations concerning law-abiding behaviour, and not with “re-education towards a better human being.” The attention to repentance has been largely developed outside predominant schools of criminology and within the communicative theory of criminal justice, particularly by Antony Duff and John Tasioulas.

The Concept of Repentance

John Tasioulas defined repentance as the intrinsically appropriate response to one’s moral wrongdoing. This response consists in realization of one’s own moral responsibility and the acceptance of blame¹⁴. He singled out several elements of such a response. It involves: first, feelings of guilt; second, blaming oneself; third,

⁹ See: *Olivecrona K. Law as Fact*. London, 1971; *Ross A. On Law and Justice*. London, 1958.

¹⁰ See: *Farmer L. Criminal Law, Tradition and Legal Order*. Cambridge, 1997.

¹¹ Hentig H. *Das Verbrechen*. Berlin, 1961. P.4.

¹² See: *Triplett R. Handbook of the History and Philosophy of Criminology*. Chicago, 2017.

¹³ *Kunz K. Kriminologie: eine Grundlegung*. Bern, 2004. P. 325.

¹⁴ *Tasioulas J. Repentance and the Liberal State*. P. 488.

confession and apology; fourth, moral reparation for the wrong such as willingly undergoing as a penance any inflicted punishment; and fifth, a resolution not to commit such a wrong again. All these elements are of great importance for criminological research. Each of them requires particular methods of study. This analytical exposition of the meaning of repentance helps us to understand the relationship between repentance and remorse. Remorse is an important element of repentance, yet repentance is more than a feeling of remorse.

This definition of repentance, however, lacks precision. It would be much better if Tasioulas expressed repentance primarily as an adjustment or amendment in the meaning of the Christian ethical tradition (briefly considered below) which presents repentance as an actual turning away from sin towards rightful living. For him, repentance is a process in which an actual adjustment is only an ideal state. The degree to which the elements described above are present, may vary from case to case, depending on the nature of the wrong, the identity of the victim, and the character and the personality of the offender¹⁵. He also admits to degrees of repentance.

Repentance is largely defined by Tasioulas as different from regret or disappointment. The wrong-doing is the internal object of repentance, while regret can involve all sorts of things that are not wrong, including things that are positively right (e.g. 'I regret I have to punish you'). Thus, Tasioulas distinguishes between the objects of repentance and the objects of regret or disappointment. Repentance has the wrongfulness itself of an act as its object, not the consequences of the act "beyond those that constitute its wrongfulness." The link between repentance and the wrongfulness of an act is well established by Tasioulas, but his abstract concept of wrongfulness can easily miss a specific and contextualized individual, as well as the social, experience of what is wrong and what is right.

The definition of repentance by means of the idea of wrongfulness must be accompanied by identifying the seat or the source of repentance as the conscience. The reference to conscience is important to enable us to see that repentance can take a whole variety of forms, all of which must be dealt with by a criminologist. Conscience itself can differ from person to person, from culture to culture, and from one historical period to another. The experience of repentance which Tasioulas described so well, is only one type of conscience which leads to one particular type of repentance. This type of conscience, we can call deontological. There can be also consequentialist conscience which ascribes wrongfulness to the action depending on its consequences. The difference from regret or disappointment may not be so clearly expressed in "consequentialist" repentance, even though one must agree with Tasioulas' argument that it is the wrongfulness of the act which repentance is about.

¹⁵ Ibid. P. 489.

Drawing on the concept of conscience would help to see more clearly the difference between feelings of guilt and feelings of shame. Tasioulas himself follows a rather common view that they differ in the characteristic objects: for guilt, it is one's wrongful conduct, for shame, it is one's character or the kind of person one is¹⁶. It seems, however, that the difference between guilt and shame is not so much in object, because one can be ashamed of wrongful conduct, as in the nature of the feeling. Shame is a more relational feeling. I can feel shame because my friends, parents, or other people disapprove of my conduct, not my character. Guilt, however is more personal, and may not involve necessarily the view of others. What is important for criminologists is the realization that individual conscience can be variously smitten by feelings of shame and guilt, and that the intensity of those feelings can be culturally, socially, or religiously explained. In order to analyze the feelings of guilt and shame, one has to examine the state of conscience of the offender.

Punishment and Repentance

The concept of repentance developed by Tasioulas is based on the realization of one's own responsibility. There is an argument in criminal law literature that the issue of responsibility can no longer be understood simply as a moral philosophical question of specifying the conditions under which an autonomous individual may be held culpable for certain acts, and subject to state punishment¹⁷. The issue of responsibility must be considered within the constraints of an institutional framework, power and culture. If this is true of responsibility, it is also true of repentance. In other words, one must be aware that the relationship between punishment and repentance can significantly vary according to the nature of the institutions of criminal law, power and culture.

The role of repentance itself within the general theory of punishment is controversial. The most interesting issue in Western academic literature is not so much whether punishment can induce repentance¹⁸ but whether the fact of repentance can affect the degree of punishment¹⁹. More specifically, the discussion focuses on whether a repentant offender deserves mercy. In other words, the scope of debate is limited and reflects certain cultural, intellectual and ideological constraints.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ *Farmer L.* Op. cit. P. 12.

¹⁸ This issue has been discussed in a number of writings. See, e.g. Duff A. Punishment, communication, and community...P. 12; Maslen H. Remorse, penal theory and sentencing. L., 2015. P. 79.

¹⁹ *Tasouilas J.* Punishment and Repentance. P. 279.

Some academics perceive punishment and mercy in an antagonistic conflict while others deny this antagonism²⁰. Those who deny the antagonism between punishment and mercy tend to perceive justice as capable of accommodating mercy within itself. It can be an act of justice to show mercy to a repentant offender. Those who affirm the antagonism disagree very widely on the way a repentant offender must be treated. John Tasioulas²¹ argues that punishment must take both justice and mercy into consideration, and that repentance may be a legitimate ground for showing mercy to a repentant offender. Anthony Duff objects because a truly repentant offender will reject any sentence less than that which he deserves in order to expiate fully the guilt of his wrongdoing²². However, Duff does not deny that repentance might serve as a basis for reducing an offender's sentence if justice requires so, not because of mercy.

The divergence between Tasioulas' and Duff's positions on the relationship between repentance and punishment reflects different visions of punishment. Tasioulas distinguishes between justified punishment and deserved punishment²³. Even though an offender deserves harsh treatment, repentance is one of the reasons justifies a more lenient punishment. Thus, Duff represents a deontological theory of punishment which does not perceive a difference between what is justified and what is deserved, while Tasioulas leaves much room for consequentialist moral reasoning.

Despite their differences, both Duff and Tasioulas defend the communicative theory of punishment: by means of criminal law, society communicates to the wrongdoer public censure for his wrongdoing²⁴. They affirm that "punishment has a constitutive link with repentance: the offender is given the opportunity to communicate his repentance in a forceful and public manner precisely by undergoing the deserved punishment"²⁵. Punishment, as deserved hard treatment of offenders, acts as a penance through which the offender makes apology. This view, however, misses a great difference between legal punishment and penance. The latter is a self-inflicted punishment and can be a manifestation of repentance if it is accepted as sincere. The former is different. It is inflicted by society, not by the wrongdoer himself. Therefore, legal punishment itself can hardly be perceived as a forceful and public expression of repentance, unless there is an additional opportunity for the offender to express this.

²⁰ Garvey S. Questions of Mercy // Ohio St. J. of Crimin. L. 1997, vol. 4. P. 321.

²¹ Tasioulas J. Punishment and Repentance. P. 279.

²² Duff R. The Intrusion of Mercy. P. 386.

²³ Tasioulas J. Punishment and Repentance. P. 311.

²⁴ Ibid. P. 310.

²⁵ Ibid. P. 283.

Despite all the philosophical differences in understanding the way repentance should relate to punishment, most researchers in criminal procedure maintain that punishment does not depend only on the wrongfulness of the act, but on the assessment of the actor's character and on the exact damage to particular persons also. If the offender has admitted guilt, expressed remorse, and apologized, he is perceived as a better character and deserves a more lenient punishment: "Prosecutors, sentencing judges, and parole boards are naturally disposed to go easier on remorseful, apologetic defendants. Capital jurors care greatly about remorse and are much less likely to sentence a remorseful defendant to death"²⁶.

The way how a display of repentance affects punishment of itself deserves careful consideration by criminologists²⁷. However, there is something more for a criminologist to do than simply to describe the *actual* impact of repentance on sentencing. Criminologists who believe that their task is not simply to explain crime and punishment, but also to indicate the most efficient ways to deal with crime, must certainly pay more attention to the relationship between repentance and punishment as it has been reflected in the communicative theory of Duff and Tasioulas which claims: "legal punishment may seek to facilitate repentance, and, when repentance is in evidence prior to the completion of a justified punishment, that can be a legitimate ground for the merciful reduction of the offender's sentence"²⁸.

It has been argued that issues of repentance, forgiveness and mercy play fairly small roles in the criminal justice process which is dominated by deterring, incapacitating, and inflicting retribution²⁹. Despite this neglect of repentance, mercy and forgiveness, authors, like Stephanos Bibas and Richard A. Bierschbach³⁰ maintain that contemporary modern criminal law can be adjusted to integrate those values into the criminal justice process. They suggest that victim-offender mediation and sentencing discounts could encourage offenders to express remorse, victims to forgive, and the community to reintegrate offenders. The authors have also identified the dangers of fakery and arbitrariness if courts' sentences have to take remorse into account. These dangers present a strong objection to active integration of the concept of repentance in the norms and practices of criminal law. Jeffrie Murphy argues that repentance can be readily faked³¹. Murphy does not

²⁶ Bibas S. Forgiveness in Criminal Procedure // *Ohio St. J. of Crimin. L.* 2007, vol. 4, p. 340.

²⁷ Smith N. Justice Through Apologies: Remorse, Reform, and Punishment // *Queen's Law Journal*. 2016, vol. 41. P. 527.

²⁸ Tasioulas J. Repentance and the Liberal State. P. 487.

²⁹ Bibas S. Forgiveness in Criminal Procedure. P. 329.

³⁰ Bibas S., Bierschbach A. Integrating Remorse and Apology into Criminal Procedure. *Yale L.J.*, 2004, vol. 114. P. 85.

³¹ Murphy J. Remorse, Apology, and Mercy. *Ohio St. J. Crim. L.*, 2007, vol. 4, p. 440.

deny that repentance can play an important role in clemency proceedings, yet it is not a reliable concept in sentencing practices.

If we have to integrate remorse, repentance, and forgiveness into the criminal justice process, we must address the issue of adequate evaluation as to whether repentance of an offender is genuine. There is a big problem with using the standard of sincerity of repentance as a basis for forgiveness. Bibas stated that “forgiveness cannot be forced or routinized, and that introduces dangers of inequality and discrimination”³². The same can be said about repentance. Any attempt to fit repentance into a straitjacket of legal standards carries a danger of creating a fake of it, or of failing to identify all the variety of forms which repentance can take. These issues can lead to inequality and discrimination when applying criminal sanctions. The fundamental question here, however, is not whether repentance can be adequately observed and evaluated in general. The question is whether a judge or juror can draw on any specific standard of repentance in our world of cultural and moral diversity. If such a specific standard is impossible to define and recognize, then it leads to ambiguity in law application.

When we judge whether a person repents or not, we often rely on moral intuitions and cultural prejudices which can barely be expressed in any logical form. The major concern is whether those intuitions and prejudices can be rationalized and verified. Our intuitions and prejudices can be challenged by our individual experience and knowledge. The more I know the person and the ways he expresses his feelings or suppresses them, the more reliable my judgement on the sincerity of his repentance would be. The contemporary criminal process functions more like a machine where intimate knowledge of a person’s feelings is hardly possible. In this context, allowing a greater role for intuitions and prejudices can break the whole fabric of punishment and sentencing.

Bibas’ suggestion to solve this problem is not to pull down the whole fabric. Rather, his suggestion is to introduce forgiveness by the victim or the community as a procedural prerequisite for reducing or doing away with punishment. It will bring more stability into the criminal justice process and protect the rights of the victim. Even though Bibas avoids saying that remorse must precede forgiveness, the thrust of his argument is that the repentance of the offender should lead to reduction or non-imposition of punishment but this is conditional on forgiveness by the victim. Repentance of the offender should play a key role in the decision of the victim to forgive. On the contrary, “forgiving a remorseless offender could undercut the violated moral norm and the victim’s self-respect”³³. Bibas suggests procedural mechanisms to bring the offender and his victim together. If, as the result, the victim forgives, mercy and clemency can be granted to the offender.

³² *Bibas S. Forgiveness in Criminal Procedure. P. 331.*

³³ *Ibid. P. 332.*

Under these conditions, the victim will be the best judge of the sincerity of repentance. In this respect, the task of criminology is not so much to elaborate the objective standards of genuine repentance as such; rather its task is examining the perceptions of the victims to see what makes them confident in the genuineness of the offender's repentance.

Giving victims the powers to forgive is a very controversial subject³⁴ whose consideration would lead beyond the scope of this paper. This, however, underlines the significance of repentance in choosing a measure of punishment. Judges and juries are likely to impose lower sentences if the victim expresses his or her willingness to forgive³⁵. Acknowledging the role of the victim is one way to establish the connection between repentance and punishment. By considering historical and cultural changes in the criminal justice process, Bibas provides many other connection points. The attractiveness of Bibas' work is that he combines an empirical approach to courts' practices, on the one hand, with a clear emphasis on the normative importance of repentance in sentencing practices on the other.

Repentance and Forgiveness

There are already some criminological studies, particularly in the area of restorative justice, which maintain that repentance must be a ground for forgiveness³⁶. An unrepentant offender must face punishment. However, the relationship between repentance and forgiveness is more complex than seeing repentance as a prerequisite for forgiveness in the criminal justice process. Forgiveness itself can have a profound psychic effect on the offender and induce his repentance, or it can reinforce the experience of repentance. There is empirical evidence that kind treatment of former offenders can induce a higher rate of compliance with the law in the future.

In criminal law, it is not only the victim but also society as a whole, personalized in the judge and jury, who can communicate forgiveness to the offender. In some jurisdictions, under certain conditions, the court can exercise the power of forgiveness. Juvenile offences are a good example. According to the Thai Penal Code, for example, criminal liability begins at the age of seven³⁷. Punishment can be inflicted from the age of fourteen³⁸. According to the written provisions, Thai courts also have discretionary powers to reduce the scale of punishment

³⁴ London R. *Crime, Punishment, and Restorative Justice: A Framework for Restoring Trust* Eugene (Or.), 2014. P. 42.

³⁵ Bibas S. *Forgiveness in Criminal Procedure*. P. 334.

³⁶ Johnston G. *Restorative Justice*. Cullompton, 2002.

³⁷ Thai Penal Code. 2558. Section 72.

³⁸ Ibid. Section 75.

by one third or one half in juvenile cases if it seems appropriate to the judges, or not to impose punishment at all³⁹. In practice, Thai judges hardly punish any offender below the age of eighteen. They openly exercise their power to forgive communicated to the offenders⁴⁰. Interviews with Thai juvenile offenders in such cases indicated that they understood the fact of being forgiven. A further research step would be to study whether such forgiveness can induce repentance understood as an amendment or adjustment.

Further, forgiveness can help the offender to move from a simple sense of guilt to the overall change of attitudes and life-style. Bibas maintained that forgiveness may lighten the burden of guilt from the shoulders of offenders, making it easier for them to reintegrate into society⁴¹. If one accepts that forgiveness as well as repentance of offenders carries a strong rehabilitative force, then it would be logical to examine critically the whole process of criminal justice to see what elements of it facilitate or impede the occurrence of forgiveness and repentance. Perhaps, the greatest impediment lies not so much in the procedures and institutions as in the perceptions of those who move the process of criminal justice. For many of them, repentance and forgiveness are outside the scope of criminal law. There are several arguments which can challenge those perceptions, as well as the reasons which support them.

Criminal Law as the Means for Repentance

One of the strong arguments, which supports the importance of repentance in the criminal justice system, comes from a teleological interpretation of punishment. According to this interpretation, punishment is a means to elicit an appropriate response on the part of the offender to make him feel regret for the crime he committed. The appropriate response consists in repentance and turning away from crime to rightful living. Nozick⁴² is considered to be the leading advocate of this approach. There are some arguments against a teleological view of punishment which have direct relevance to a criminological study of repentance.

Opponents affirm the criminal justice system is based on what an offender deserves rather than on any psychological processes such as repentance⁴³. The emphasis on deserts rather than on any psychological or moral experiences makes a criminological study of the criminal justice process easier and more comfortable.

³⁹ Ibid. Section 76.

⁴⁰ See: *Shytov A. Bunchu Na Pompechara. Thai Juvenile Delinquency Justice and its Perception by Juvenile Offenders.* Bangkok: Chiang Mai University, 2007.

⁴¹ *Bibas S. Forgiveness in Criminal Procedure.* P. 334.

⁴² See: *Nozick R. Philosophical Explanations.* Oxford, 1981.

⁴³ *Tasouilas J. Punishment and Repentance.* P. 279.

Punishment in such a study can now be safely reduced to the performance of certain actions which can be more or less reliably observed. For example, a criminologist can look at the wrongdoing as an action, the involvement of the offender as an action, harms and risks expressible in a form of an action, and finally punishment as an action. Repentance is different. There may be no action flowing from the experience of repentance, and there is a constant danger of losing the objectivity to which so many criminologists aspire. A criminologist may admit that repentance can accompany punishment. However, since the essence of punishment is reduced to what the offender deserves from the past, and not dependant on his subsequent moral experiences, repentance can be safely discarded.

This is exactly where the Legal Realist's approach challenges the image of criminal justice as exclusively based on deserts. Judges in the Western courts do take into account repentance of criminal offenders when choosing a sentence. In some cases, the value of repentance has been discussed (e.g. *United States v. Biscoe* (1975). *Scott v. U.S* (1969)). It is likely, however, that its influence on the decision of a judge is more latent since his judgement must comply with the requirements of legality. Legal Realism calls for the examination of actual cases. If judges do pay attention to the phenomena of repentance, then it is a legitimate subject for a criminological study. It is true that judges do not always follow the teleological concept of punishment, but that does not matter if there is evidence that they sometimes do. The advantage of Legal Realism is that it offers a more comprehensive way to look at the whole variety of conflicting judicial policies. The weakness of Legal Realism is that unlike the theory of communicative justice, it does not offer a comprehensive ideal or normative standard against which conflicting judicial practices can be examined.

We encounter this situation when Legal Realism methodology offers an approach which is able to take into account various judicial policies of punishment but lacks a particular moral standard for evaluating those policies. At the same time, we have the communicative theory of punishment which offers such a standard but which contains an inadequate image of repentance, and denies its real role in judicial decision-making. This inadequacy can be seen in the idea that a repentant offender would be willing to undergo the full measure of punishment in order to expiate the guilt of his wrongdoing⁴⁴. This seems unlikely! The teleological approach maintains that repentance can be the goal of the criminal justice process, affecting if not replacing punishment altogether. As soon as the offender shows remorse and turns away from crime, there is insufficient reason to continue inflicting punishment on him. However, critics may argue that since a repentant offender himself needs punishment to expiate the guilt, the goal of punishment is not exhausted by the fact of eliciting repentance.

⁴⁴ Duff A. *The Intrusion of Mercy*. P. 386.

The argument for expiating guilt is of more than academic interest. It has important practical implications from a criminological point of view. If we agree with the teleological thesis that the goal of criminal law is to elicit repentance, then repentance must bring about the end of punishment. Repentance itself would become the key-concept of the whole science of criminology. On the contrary, if one accepts the critic's view on punishment as the necessary means of expiating guilt, then the evidence of repentance taking place before the infliction of punishment should not matter. However, this view can mislead a researcher. Its flaw is not so much in the denial of idea there is no need for punishment if repentance is evident, as in adopting a distorted concept of repentance itself. It is a mistake to present all truly repentant offenders as willing to undergo punishment in order to expiate guilt. It is possible that a repentant offender will be willing to undergo the punishment, but it is not at all impossible that he would not be willing.

The Bible, truly a handbook for studying repentance, provides many examples of repentant offenders who were not willing to undergo punishment imposed by God for their sins. For example, King David committed adultery and intentionally caused the death of the woman's husband⁴⁵. After that, he married the woman expecting a child from the adulterous relationship. Being confronted by a prophet, David repented. Being reassured after that that he himself would not die but only the child, David fasted and prayed trying to plead with God to preserve the child's life. The example of King Manasseh is even a better example of an offender whose repentance involved a powerful plea for canceling the punishment he was to suffer⁴⁶. The Bible is full of examples when the fear of punishment resulted in repentance. The books of the prophets present the awesome pictures of future doom for those who will not repent. The words of Jesus: "Unless you repent you will all perish"⁴⁷ can be seen as the summary of the whole Bible which communicates the image of repentance as moved by the fear of punishment.

The idea, that the fear of punishment can induce repentance, reconciles the contradictory images of criminal law as a deterrent and as a means of rehabilitation. Thus, a criminologist, who accepts an adequate concept of repentance, will obtain a rich ground for complex research integrating many sides and dimensions of the criminal justice system. Criminal law in general and punishment in particular can be studied as the means of repentance. This teleological approach to criminal law does not mean that repentance of the offenders is its sole goal. There are other goals of punishment such as satisfying victims' demands for justice. Nevertheless, repentance, when conceived in its full form as the wholehearted change in the

⁴⁵ *Second Book of Samuel*. Chapter 12.

⁴⁶ *Second Book of Chronicles*. Chapter 33. The prayer of Manasseh does not appear any more in a Hebrew Bible. It is preserved in the Septuagint, Ancient Greek translation of the Bible.

⁴⁷ New Testament. *Gospel according to Luke*. Chapter 13.

attitudes and behaviour of the ex-offenders, takes a special position because, first of all, it can in some cases satisfy the demands of the victims of crime; and more importantly, it fits better into a more humane picture of criminal law in respect to the dignity of human beings.

Repentance and Love

To summarise briefly the discussion above, the communicative theory of punishment allows repentance to play a limited role in imposition of punishment. Its thesis that punishment must be based on desert may not necessarily reflect the practice of the courts. The communicative theory does not deny the importance of repentance as a goal of communicating public censure to offenders through punishment. However, it lacks clear affirmation that despite their crimes, the offenders still possess human dignity because of their good nature. This is an attitude of love. If we accept this attitude, then the concept of punishment will be perceived differently from being an impersonal mechanism of imposing a “penitential burden that is placed upon offenders to censure them for their crimes, with the aims that they will then come to repent, reform themselves enforcing compliance with the expectations concerning law-abiding behaviour”⁴⁸. Punishment loses its purpose if repentance has already occurred. The problem with the communicative theory of punishment as developed by Duff is that it cannot contain the demands of love and forgiveness. Tasioulas’ discourse of mercy seems to be more flexible, but his idea of love and forgiveness is still placed outside the scope of justice⁴⁹. It has been shown above that there are strong reasons for considering repentance as the essential element of criminal justice, and not as an extra-legal ground for forgiveness or, at least, for mitigation of punishment.

This is exactly the point at which drawing on the theological concept of love can correct this shortcoming of the communicative theory of punishment. Aquinas maintained that to correct the wrongdoer is a spiritual almsdeed, which is further defined as works of charity⁵⁰. The Latin word *caritas* is translated as charity in English. It is noteworthy that *caritas* was used by Jerome to translate the Greek word *agape* — Christian love, and *caritas* has the same linguistic root as *garuna* — a key concept of Buddhist ethics. Love is a great universal moral force to change lives (not limited to a particular religion), and this force must be used in the system of criminal justice.

⁴⁸ See: Lee A. Defending a communicative theory of punishment: the relationship between hard treatment and amends // *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017. Issue 1.

⁴⁹ Tasioulas J. Where is the Love. *The Topography of Mercy*. P. 40.

⁵⁰ Aquinas T. II/II 33. 1.

The old theological concepts continue to shape many criminal justice institutions in our secularized world⁵¹. The framework of Duff's and Tasioulas' ideas move much within the *Summa Theologiae* of Aquinas who distinguished between measures of correction on the one hand and measures of justice on the other. Any fraternal correction is directed to a brother's amendment. Justice has a different purpose. It is not about taking into account the brother's amendment. Rather, it serves the purpose of deterring the offender and the others from committing a further offence⁵². Aquinas stated that a person guilty in offending against another person deserves punishment even though there is a reason to believe that punishment will make him even worse: "The order of justice must be observed"⁵³. Justice is conceived in terms of coercion while brotherly correction is seen as admonishing.

It would be a mistake, however, to blame Aquinas for excluding love and forgiveness from the scope of criminal justice. Aquinas was writing at a time when there was a powerful institution of a church which could undertake the task of correcting and admonishing. The state had a choice of only very primitive measures to deal with offenders. The state at the time of Aquinas did not undertake the task of correction and leading an offender to repentance. His emphasis on the importance of correction and its understanding as a manifestation of *caritas*-love must be accepted as a valuable contribution to develop a theory of repentance as the goal of punishment. There are two elements of Aquinas' concept of correction which are particularly valuable. The first is that correction must lead to a change of the offender (amendment). The second is that correction must be done in a way to serve this end⁵⁴. Thus, repentance for Aquinas would mean something more than a mere realization of one's own moral responsibility and the acceptance of blame⁵⁵. It actually requires adjustment by the offender. At the same time, a criminal law sanction would not be seen as a correction if it does not serve the end, i.e. repentance.

Calvin more clearly, than Aquinas, articulated the idea of criminal law as a means to bring about repentance. Referring to the ancient law of the Jews, Calvin stated that the law brought the realization of sin on the part of the person to whom the commandments of the law were addressed. This function of law to communicate a standard of right and wrong behaviour⁵⁶ deserves our closest attention. According to Calvin, the primary function of the law was to lead people to repentance. The law is a kind of mirror in which the humans can see their own fall from the original

⁵¹ Johnston G. Op. cit. P. 172-174.

⁵² Aquinas T. II/II 33. 3.

⁵³ Aquinas T. II/II 33. 6.

⁵⁴ Aquinas T. II/II 33. 2.

⁵⁵ Tasioulas J. Repentance and the Liberal State. P. 488.

⁵⁶ Calvin J. II. VII. 12.

state of their moral nature⁵⁷. At the same time, Calvin stated that the law serves another function: that of a bridle for those who are unable to restrain their offensive behaviour⁵⁸. In other words, only a person who does not repent deserves punishment.

The best expression of the idea that repentance means the return to the goodness of human nature is expressed by Apostle Paul: “he who loves his fellow-man has fulfilled the law. The commandments, ‘Do not commit adultery,’ ‘Do not murder,’ ‘Do not steal,’ ‘Do not covet,’ and whatever other commandments there may be, are summed up in this one rule: ‘Love your neighbour as yourself’”⁵⁹.

Generally, criminologists shun speaking about love. There are, however, rare exceptions. Hirschi, for example, admitted that love for one’s neighbour is vital for crime prevention⁶⁰. Hirschi’s admission of love as the means to prevent crime was rather accidental. There are, however, more serious attempts to bring ethical love into criminological discourse. When affirming the importance of repentance and restorative shaming in the criminal justice process, Braithwaite maintained that justice must go along with love⁶¹. However, he could not perceive it within the formal court’s criminal procedures. It is true that the contemporary court process reminds us more of a machine than a human interaction where love can take place. However, if we understand love as our will to do to others what we would have them do to ourselves⁶², then court justice still leaves some room to act upon such love. Moreover, Braithwaite conceived of love in terms of respect. It is indisputable that respect is required and can be shown to offenders in the courts of justice.

There is empirical evidence that many offenders, particularly at the time of their arrest and sentencing, want to change their lives and stop offending. There is also evidence that they usually do not change after they come back from prison. “Usually this is due to officials’ failure to understand the felon’s viewpoint, their misinterpretation of felon’s acts and responses, and the continuation of their own

⁵⁷ Ibid. II. VII. 7.

⁵⁸ Ibid. II. VII. 10.

⁵⁹ *St. Paul*. Letter to Romans. Chapter 13.

⁶⁰ Hirschi T. *The Craft of Criminology*. J. Laub (ed.). New Brunswick, 2002. P. 104. Hirschi came to this conclusion after finding out that religion (understood as church attendance) does not help to reduce delinquency: “The church is irrelevant to delinquency because it fails to instil in its members love for their neighbours and because belief in possibility of pleasure in another world cannot now, and perhaps never could, compete with the pleasures and pains of everyday life” (ibid., p. 104). This conclusion apparently conflicts with his view that involvement in conventional activities (going to the church) and holding certain law-abiding beliefs (obeying the authorities is required by God) are two of the four vital elements of social bonds which make an individual integrated in a law-abiding society (Ibid. P. XXIII).

⁶¹ See: Braithwaite J. (2002) *Restorative justice & responsive regulation*. Oxford, 2002; Braithwaite, J. (2004) *Restorative justice: Theories and worries*. UN AFEI. *Resource Material Series*, no 63, pp. 47-56, 123rd International Senior Seminar. Available at: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no63/ch05.pdf (accessed: 01.11.2018)

⁶² Gospel according to Mathew. Chapter 7.

misguided policies”⁶³. Another study suggests that loving and caring relationship can overcome the negative influences of delinquent peer groups⁶⁴. In other words, there is much in criminology which warrants drawing on the concept of love as described above. Remission of punishment for a repentant offender will reinforce his pro-social responses.

Affirming that repentance is the goal of punishment makes more sense of applying the fundamental categories of criminal law such as guilt, intention, and negligence⁶⁵. The intentional crimes deserve heavier punishments exactly because of the presence of evil will. Augustine affirmed that punishment follows only the person whose will is directed towards evil⁶⁶. The presence of an evil will does not mean, according to Augustine, that the nature of the person is evil. The person retains the power to choose what is good and avoid what is evil. His nature remains good. Augustine drew this conclusion from the theological idea that all creation is good: “Things solely good, therefore can in some circumstances exist, things solely evil, never.” This idea contains a very important implication for the whole policy of the criminal justice. It follows that the good nature of the offenders remains despite the evil acts they commit. Accepting or rejecting this belief has important criminological implications since it shapes the whole system of the criminal justice. A policy maker who does not believe that anything good remains in a particular offender will choose a certain type of criminal sanction which will tend to exclude the offender from society for the longest period of time possible without any serious attempt to reform him. Another policy maker, who perceives the obliterated goodness in the character of the offender, will try to apply certain measures to reinforce that goodness and to turn the offender back from the way of crime to the way of rightful living.

Contemporary theorists of criminal law and criminology are characterised by a trend to abandon the moral language of describing crime and the criminal. Instead of morally laden terms like malice, wickedness, gross culpability, the modern science of crime attempts to use descriptive, psychological concepts⁶⁷.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Hazani M. Prevention of Delinquency Through Repentance: An Ethnographic Study in a Jerusalem Slum // Small Group Research, 1987, vol. 18, no. 1. P. 82–98.

⁶⁵ For example: Para 15 of German Criminal Code speaks of *vorsätzliches* and *fahrlässiges Handeln*. Article 121-3 of French Penal Code also distinguishes between intent on the one hand and recklessness (imprudence), negligence, or failure to observe an obligation of due care or precaution on the other. This distinction is important to classify different types of criminal offences such as felony (*le crime*), misdemeanour (*le délit*) and petty offences (*la contravention*), and different jurisdictions of the courts based on these types: *cour d'assises*, *le tribunal correctionnel*, and *le tribunal de police*.

⁶⁶ Augustine. XII. 3

⁶⁷ Farmer L. Criminal Responsibility and the Proof of Guilt / M. Dubber M. (ed.) Modern Histories of Crime and Punishment. Stanford: Stanford University Press, 2007. P. 43.

This abandonment of ethical views makes criminological research intellectually weaker, void of inspiration and extremely dull, unable to mobilize moral force to combat the wickedness of crime.

Conclusion

Despite its merits, the communicative theory of criminal justice lacks an adequate concept of repentance would facilitate its adoption within the normative framework of criminal justice. Repentance must be understood first of all as a positive change or amendment, not simply as a sense of remorse, or realization of one's responsibility. It is true that repentance is a complex process involving feelings of guilt, as well as the expressions of apology and penance, culminating in a moral resolution to live a virtuous life. However, the subjective feelings of the offender will hardly provide a sufficient ground for remission or reduction of punishment. Repentance is an act of conscience, and it can take many forms and contents of self-change conditioned by history, culture, institutions, and power relations. As a positive change, it is more difficult to fake than the expression of remorse, for example. It can be motivated by the fear of punishment, and as such there is nothing wrong in not inflicting punishment on the offender who finds a way to express a positive change of his life to conform to social morality in order to escape the punishment.

Taking the repentance of offenders seriously will save those having little moral strength from the impersonal machine of suppression, marginalization and rejection, as well as from prison where bad company spoils even what little is left of good morals. A criminology of repentance challenges the practices of the criminal justice system by putting an individual offender, his thoughts, perceptions, and his future as a member of the society, at the centre of the discourse on crime and punishment. It aims not only at explaining how the criminal justice system works, but also how it must become more humane and benevolent.



References

- Bibas S. (2012) *The Machinery of Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 398 p.
- Braithwaite J. (2002) *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 408 p.
- Duff A. (2001) *Punishment, Communication, and Community*. Oxford: Oxford University Press, 651 p.
- Duff A. (2007) The Intrusion of Mercy. *Ohio St. J. Crim. L.*, vol. 4, p. 361.
- Duff A., Green S. (eds.) (2013) *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 535 p.

- Duff A. (2014) Towards a Modest Legal Moralism. *Criminal Law and Philosophy*, no 2, pp. 1–19.
- Farmer L. (2007) Criminal Responsibility and the Proof of Guilt. Dubber M. (ed.) *Modern Histories of Crime and Punishment*. Stanford: Stanford University Press, pp. 42–65.
- Johnston G. (2002) *Restorative Justice*. Cullompton: Willan, 258 p.
- Kunz K. (2004) *Kriminologie: eine Grundlegung*. Bern: Haupt, 419 p.
- Lee A. (2017) Defending Communicative Theory of Punishment: the Relationship between Hard Treatment and Amends. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, issue 1, pp. 217–237.
- London R. (2014) *Crime, Punishment, and Restorative Justice: A Framework for Restoring Trust*. Eugene (Or.): Wipf and Stock, 370 p.
- Murphy J. (2007) Remorse, Apology, and Mercy. *Ohio St. J. Crim. L.*, vol. 4, p. 423, 440.
- Paul J. (2012) *The Legal Realism of Jerome N. Frank: A Study of Fact-Skepticism and Judicial Process*. Brill: Martinus Nijhoff, 288 p.
- Smith N. (2016) Justice Through Apologies: Remorse, Reform, and Punishment. *Queen's Law Journal*, vol. 41, pp. 527–529.
- Tasioulas J. (2007) Repentance and the Liberal State. *Ohio St. J. Crim. L.*, vol. 4, p. 487.
- Tasioulas J. (2011) Where is the Love. The Topography of Mercy. Cruft R. et al (eds.). *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*. Oxford: Clarendon Press, pp. 37–53.
- Triplett R. (2017) *The Handbook of the History and Philosophy of Criminology*. Chicago: Wiley, 712 p.

Валютно-денежные отношения как объект уголовно-правовой охраны: история и современность



Д.А. Печегин

старший научный сотрудник Отдела уголовного, уголовно-процессуального законодательства, судоустройства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, Б. Черемушкинская ул., 34. E-mail: crim5@izak.ru



Аннотация

На современном уровне развития государства и общества любые урегулированные законом отношения представляют собой компонент системы, которая либо является целостной, либо стремится стать таковой. В равной степени данный тезис можно распространить и на валютно-денежные отношения, рассматривая их как систему, структурными элементами которой являются денежные знаки, их виды, порядок эмиссии и организация денежного обращения. Однако указанную систему и ее функционирование обрамляет правовое поле, которое нормативно описывает систему и регулирует общественные отношения в этой сфере, на что было обращено внимание в последнем юбилейном докладе Римского клуба. Это одна из философских ошибок, восходящая к идее А. Смита о том, что границы рынка, закона и морали совпадают, а право и ценности представляют собой лишь фон этих процессов. Между тем последние исследования в этой области показывают, что экономика ограничивается более фундаментальными правилами — юридическими и нравственными нормами. Не последнюю роль в этом отношении играет валютно-денежная система — важнейшая составляющая государства ввиду взаимосвязи и взаимозависимости национальной безопасности и социально-экономического развития страны. Но, как и любые другие урегулированные законом отношения, валютно-денежные отношения в рамках указанной системы подлежат государственной охране в целях поддержания подвижного равновесия (гармонии) и эффективности функционирования денежно-кредитного механизма страны, для чего в законодательстве предусмотрен комплекс различных мер, в том числе уголовно-правовых. Предметом исследования является система валютно-денежных отношений в качестве объекта уголовно-правовой защиты. Цель такого анализа — наглядно показать, какие уголовно-правовые механизмы защиты внутреннего валютного рынка применялись в прошлом и с какими проблемами валютно-денежная система сталкивается сегодня. Статья подготовлена на основе юридико-технического анализа правовых норм, а также сравнительно-правового и формально-логического методов, метода системного анализа. По мнению автора, исторический анализ обозначенного вопроса позитивно отразится на выработке качественного подхода к решению современных проблем. Сделан вывод, что финансовая безопасность должна соответствовать разви-

тию валютно-денежных отношений и быть адаптированной к современным условиям, в том числе и в уголовно-правовой сфере.

Ключевые слова

фальшивомонетничество, подделка бумажных денег, валютное регулирование, денежные суррогаты, валютные преступления, криптовалюта.

Библиографическое описание: Печегин Д.А. Валютно-денежные отношения как объект уголовно-правовой охраны: история и современность // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. №4. С. 181–195.

JEL: F 30; K 14; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.181.195

Введение

Экономическая наука в термине «валютная система» видит не только «совокупность внешних валютных отношений государств, но и денежно-кредитную систему, действующую внутри страны»¹. Однако любая национальная валютная система не является случайным набором установленных в том или ином государстве правил, по которым она функционирует. Валютная система складывается эволюционно и не может эффективно функционировать в отрыве от исторической действительности². В этом плане правомерен вывод, что «денежная система Российской Федерации — это установленная финансовым законодательством форма организации денежного обращения, исторически сложившаяся в стране и включающая в свой состав денежную единицу со своим наименованием, виды денежных знаков, порядок выпуска (эмиссии) денежных знаков и организацию обращения посредством наличных и безналичных денег»³.

Центральным элементом валютно-денежной системы являются деньги.

Большинство современных авторов при написании работ по денежной тематике исходят из сформулированного Л.А. Лунцем в монографии «Деньги и денежные обязательства. Юридическое исследование» (1927) постулата о невозможности дать единое юридическое определение денег. Л.А. Лунц определял деньги «как предмет, служащий универсальным суррогатом исполнения имущественного обязательства, [который. — Д.П.] носит назва-

¹ Айзенберг И.П. Валютная система СССР. М., 1962. С. 4.

² Кучеров И.И. Право денежного обращения: курс лекций. М., 2013. С. 11–31.

³ Бельский К.С. К вопросу о понятии денежной системы Российской Федерации // Финансовое право. 2005. № 8. С. 6.

ние законного платежного средства... гражданский оборот создает орудие обращения, а государство — законное платежное средство», полагая, что ввиду указанного взаимоотношения понятий «орудие обращение» и законное платежное средство» не представляется возможным дать единое определение юридического понятия денег⁴.

Но, несмотря на воззрения Л.А. Лунца, понятия «деньги» и «валюта» (а сегодня — и «криптовалюта»), на наш взгляд, необходимо рассматривать в юридическом смысле, поскольку «...сущность денег зависит от их правовой основы, подкрепленной всем обществом»⁵. Эта позиция восходит к кейнсианской теории денег, а через нее — к Средневековью, когда сформировалось учение о навязываемой ценности (*valor impositus*). Связано это было с «порчей» денег (монет) в целях искусственного увеличения объема денежных средств при помощи уменьшения количества в каждой отдельной монете драгоценного металла (как правило, золота).

В качестве примера можно привести решение английского правительства, вынесенное в 1601 г.: оно девальвировало ирландскую монету с 9 унций серебра до 3 унций, чтобы избежать чрезмерных издержек Девятилетней войны в Ирландии. Такое решение наряду с неудавшейся попыткой вывести из оборота старый стерлинг привело в Ирландии к катастрофическим последствиям. Ее жители в дополнение к увеличению темпов инфляции стали получать новую монету по уменьшенной внутренней стоимости, а не по номиналу. Ко всему прочему, торговцы отказывались принимать новые деньги⁶.

Но в любом случае для достижения цели искусственного увеличения объема денежных средств необходима правовая основа. По-другому «навязать» стоимостную силу таких «новых» денег было невозможно (речь идет о принципе королевской регалии на чеканку монет и права императивно устанавливать ценность монеты независимо от металлического состава⁷). Таким образом, подтверждается идея, что деньги являются созданием права⁸. Еще Г. Кнапп писал, что сущность денег заключается не в материале знаков, а в правовых нормах, регулирующих их употребление⁹. Именно таким образом

⁴ См Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. Юридическое исследование. М., 1999. С. 28–29.

⁵ Берже П. Денежный механизм / пер. с фр. М., 1993. С. 16.

⁶ Kaplanov N.M. Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency, and the Case Against Its Regulation // Temple University Legal Studies Research Paper. P. 1 [Электронный ресурс]: <https://ssrn.com/abstract=2115203> (дата обращения: 15.03.2018)

⁷ Лунц Л.А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. М., 1948. С. 36–37.

⁸ Кнапп Г.Ф. Очерки государственной теории денег. Одесса, 1913. С. 7.

⁹ Цит. по: Актуальные проблемы финансового права: монография / отв. ред. Е.Ю. Грачева. М.: НОРМА, 2016. 208 с.

исторически в том или ином государстве появляется денежно-кредитная система как комплекс различных отраслевых правовых норм, регулирующих порядок денежного обращения. «Правовое регулирование как элемент денежной системы, достаточно наглядно указывает на то, что деньги являются не только экономической, но также юридической категорией»¹⁰.

Но, как и любые другие урегулированные законом отношения, валютно-денежные отношения подлежат охране со стороны государства в целях поддержания подвижного равновесия (гармонии) и эффективности функционирования денежно-кредитного механизма страны. Для этого в законодательстве предусмотрен комплекс различных мер, направленных на упреждение и предотвращение любых негативных последствий от посягательств на национальную денежно-кредитную систему.

При этом, несмотря на свои конституционные основы (ст. 71, 75 Конституции Российской Федерации), современная российская денежно-кредитная система находит практическое преломление через призмы норм не только финансового или гражданского права, но и уголовного права. Причем нельзя сказать, что нормы уголовного права играют здесь последнюю роль, поскольку на каждой банкноте указано, что подделка билетов Банка России преследуется по закону.

Исторический анализ регулирования денежного обращения в России позволяет выделить этапы в развитии уголовно-правовых запретов, которые были обусловлены ходом эволюции национальной денежной системы. Остановимся на этом подробнее.

Этап I

Он связан с противодействием подделке и порче денежных знаков в виде монеты¹¹. Фальшивомонетничество своими корнями уходит в далекое прошлое, поскольку порча и подделка денежных знаков возникли с момента появления первых монет. Выявление таких фактов и осознание вреда данного явления как такового привели к необходимости установления соответствующего уголовно-правового запрета.

«Русская Правда» не предусматривала наказания за такую деятельность. Связано это было, по мнению М.Ф. Владимирского-Буданова, с тем, что в то

¹⁰ Бельский К.С. Указ. соч.

¹¹ Общественная опасность данных явлений вплоть до настоящего момента «заключается в том, что их результатом является причинение существенного вреда соответствующим охраняемым общественным отношениям, подрыв системы денежного обращения и расчетов, создание нелегальных источников финансирования, воспрепятствование валютному регулированию и валютному контролю, нарушение монополии государства на денежную эмиссию» (Кучеров И.И. Законные платежные средства: теоретико-правовое исследование. М., 2016. С. 346).

время не было монетной регалии, а в ходу были металлы по весу. Следовательно, можно лишь строить предположения насчет существования в древнерусском государстве надзора за качеством и пробой такого рода «денег», хотя сохранившихся на этот счет источников сегодня нет¹².

Наказание за фальшивомонетничество появилось в российском законодательстве в XV–XVI веках¹³. В Синодальной летописи указывается, что в 1533 году за фальшивомонетничество казнили посредством отсечения рук и вливания расплавленного олова в рот. Впоследствии такое же наказание было предусмотрено Окружной грамотой царя Михаила Федоровича в 1637 году, хотя чаще все же применялась так называемая «торговая казнь». Однако Соборным уложением 1649 года по таким делам («изготовление денег с добавлением непредусмотренного металла»¹⁴) «торговая казнь» была отменена, фальшивомонетчиков (за исключением фактов смешения металлов теми, кто имел власть производить денежные знаки¹⁵) казнили (заливали горло раскаленным металлом), отрубали кисти рук и прибавляли эти кисти к забору, а их пособникам отрубали два пальца на левой руке.

Но, несмотря на суровость наказания, фальшивомонетничество оставалось распространенным «ремеслом». Связано это было с тем, что в соответствии с преобразованиями 1653–1654 годов наряду с серебряными деньгами в оборот были введены медные деньги. При этом номинал медных денег значительно превышал количество содержания в монете самой меди, что, по существу, обесценивало новые деньги в сравнении с серебряными. Не помогало даже вознаграждение за донос в размере половины всего имущества, принадлежащего фальшивомонетчику. Поэтому царским указом 21 октября 1661 года фактически восстанавливалась «торговая казнь» за фальшивомонетничество без ссылки, но с передачей преступника на «чистые поруки», т.е. родственникам или друзьям.

Преследование фальшивомонетчиков продолжилось при Петре I. По указу от 27 сентября 1711 года наказуемым также стало недонесение о фальшивомонетничестве. Напротив, тем, кто сообщал о фактах порчи и подделки монет, были предусмотрены привилегии: господину полагалась часть имущества фальшивомонетчика, холопу — свобода.

Между тем именно в это время стала практиковаться выдача денежных ссуд частным лицам под залог золотых и серебряных изделий. Этой деятель-

¹² *Владимирский-Буданов М.Ф.* Обзор истории русского права. М., 2005. С. 406.

¹³ См. подробнее: Рожнов А.А. История уголовного права Московского государства (XIV–XVII вв.). М.: Юрлитинформ, 2012. 512 с.

¹⁴ *Невский С.А., Глоба Н.С.* Развитие законодательства об уголовной ответственности за фальшивомонетничество в дореволюционной России // Вестник МГЛУ. 2010. Вып. 15. С. 108.

¹⁵ Таких били кнутом и обязывали возместить ущерб тем, кому они передавали такие деньги.

ностью занималась Монетная контора в соответствии с Уставом вексельным от 16 мая 1729 года. Спустя 25 лет, 7 мая 1754 года в Российской Империи был образован Государственный заемный банк для целей кредитования дворянства, знаменовавший собой переход к новому этапу.

Этап II

Второй этап связан с появлением в обороте бумажных денег. В XVIII веке в Российской империи был начат выпуск бумажных денежных знаков, хотя и монеты оставались в ходу. При Екатерине II в 1768 году в Петербурге и Москве создаются два банка для выпуска ассигнаций в целях облегчения хождения медных денег. С 1 января 1769 года такие государственные ассигнации приравнивались к имеющимся в хождении медным монетам. Успех новых денег был предопределен обязанностью банка разменивать купюры на металлические деньги, вследствие чего такие деньги получили название разменных (так называемые неразменные денежные знаки, не обеспеченные металлическим покрытием, официально появились в обороте в 1843 году)¹⁶.

Примечательно, что с 1780 года запрещался ввоз и вывоз ассигнационных рублей. Такое решение было принято в связи с участвовавшими случаями порчи (переделки 25-рублевых ассигнаций в 75-рублевые) и подделки бумажных денег (в том числе посредством организации типографского производства за рубежом). Именно в этот период появляется слово «лажа», поскольку возможность расплатиться ассигнациями (в том числе фальшивыми) в некоторых случаях зависела от договоренности между продавцом и покупателем относительно дополнительно начисляемой к цене товара суммы денег за то, что платеж будет произведен ассигнациями.

Ответственность за подделку ассигнаций предусматривалась Уложением о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года. В ст. 1148–1150 предусматривалась ответственность за деятельность «злонамеренных шаек», в том числе в виде делания или привоза фальшивых ассигнаций или иных государственных бумаг (хотя понятие шайки не было раскрыто в законодательстве, что приводило к различным выводам в правовой науке)¹⁷. На данном этапе развития уголовно-правовых запретов в сфере валютно-денежного обращения законодательство в качестве наказания за фальшивомонетничество предусматривало каторгу (10–12 лет при совершении преступления на территории России, 8–10 лет при совершении преступления за рубежом, 4–6

¹⁶ Кучеров И.И. Указ. соч. С. 51–52.

¹⁷ См. подробнее: Сальников А.В. Исторический генезис понятий «шайка» и «банда» как разновидностей соучастия особого рода в отечественном законодательстве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 7. С. 99–103.

лет за подделку иностранной монеты) и лишение всех прав состояния, либо смертную казнь¹⁸.

В революционные годы и советский период с фальшивомонетничеством государству также было необходимо бороться. Казначейские знаки, выпущенные Временным правительством после событий 1917 года, было легко подделать, имея самые примитивные средства в распоряжении, поскольку такие деньги не отличались качеством. Однако именно на них в первый раз появилась надпись «подделка преследуется законом».

Примерно в это же время начинается борьба с денежными суррогатами. В условиях отсутствия стабильности денежное обращение становилось очень дорогостоящим. Поэтому на первых порах советская власть использовала для расчетов в государственном секторе различные учетно-безналичные и безденежные механизмы, хотя попытки стабилизировать денежное обращение в стране были предприняты уже в 1921–1922 годах. Однако отсутствие твердой валюты очень осложняло выполнение такой задачи. Примечательно, что с 1935 года в СССР даже была установлена уголовная ответственность должностных лиц за незаконный выпуск денежных суррогатов¹⁹. Целью данного установления стала ликвидация выпуска различными областными и местными учреждениями, предприятиями и общественными организациями всякого рода займов, облигаций и других видов ценных бумаг, а также бон и иных денежных суррогатов.

В дальнейшем советская экономика строилась на полностью государственной монополии денежного обращения. Согласно Постановлению ЦИК и СНК СССР от 7 января 1937 года «О сделках с валютными ценностями и о платежах в иностранной валюте» только Государственный банк мог совершать международные расчеты в золоте, иностранной валюте, а также проводить сделки на территории СССР с валютными ценностями.

Между тем Великая Отечественная война внесла коррективы. «Действовавшая в военный период карточная система в сочетании со стихийным «черным рынком» [и наводнением валютно-денежных систем государств поддельными денежными знаками. — Д.П.] создали условия для возникновения значительных не контролируемых государством товарно-денежных потоков»²⁰. Такое положение требовало устранения излишка денег, для чего и были проведены денежные реформы 1947 и 1961 годов. Более того, в это время весьма широко стало трактоваться понятие валютных ценностей

¹⁸ *Заварюхин В.Ю.* К истории подделки денежных знаков в дореволюционной России // Вестник Чувашского университета. 2010. № 4. С. 28.

¹⁹ См. подробнее: Постановление ЦИК СССР № 9 и СНК СССР № 1048 от 31 мая 1935 г. // СЗ СССР. 1935. № 30. Ст. 234.

²⁰ *Кучеров И.И.* Указ. соч. С. 72.

(а сюда включали не только иностранную валюту, но и банковские платежные документы (чеки), металлы платиновой группы и т.п.), которые фактически были запрещены к обороту среди граждан. Ввиду этого специально в уголовном законодательстве были предусмотрены ст. 87 и 88, регламентирующие ответственность за изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг вплоть до расстрела, а также за спекулятивные операции с возможностью назначения наказания до 15 лет лишения свободы²¹.

Этап III

Третий этап связан с появлением безналичных денежных средств и появлением новых видов преступлений, предметом которых стала платежная инфраструктура (в том числе подделка банковских карт) и валютно-денежная система государства в целом. В новой России возникла проблема с репатриацией денежных средств, поскольку нужно было наполнять бюджет и компенсировать растроченные ранее резервы.

Одним из механизмов достижения поставленной законодателем цели реализации единой государственной валютной политики, а также устойчивости российской валюты и стабильности внутреннего валютного рынка является репатриация денежных средств. Выполнение данной задачи имеет своей целью защиту национальной валюты, являющейся ключевым элементом денежной системы страны²². Такая цель обусловлена тем, что механизм обеспечения притока валюты способствует формированию и поддержанию платежного баланса²³, который можно представить в виде объема внешнеторговых операций какой-либо страны с учетом соотношения показателей ввоза и вывоза товаров, услуг, капиталов²⁴. Это знание дает информацию о движении капиталов и резервов, а также возможность сопоставления платежных позиций страны как банка²⁵. Положительная величина данного показателя в свою очередь является залогом успешного функционирования всей денежно-кредитной системы, устойчивости национальной валюты, стабильности ее курса.

²¹ В ред. Закона РСФСР от 25 июля 1962 г. и Указа Президиума ВС РСФСР от 30 января 1984 г.; Закона РСФСР от 5 декабря 1991 г. № 1982-1; Закона РФ от 18 февраля 1993 г. № 4510-1 // Ведомости ВС РСФСР. 1962. № 29. Ст. 449; 1984. № 5. Ст. 168; Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1991. № 52. Ст. 1867; Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 10. Ст. 360.

²² См. подробнее: *Бельский К.С.* Указ. соч.; *Соболев М.Н.* Очерки финансовой науки. М., 1925. С. 46.

²³ *Кучеров И.И.* Современное состояние уголовно-правовой защиты сферы валютного регулирования // *Российский следователь*. 2011. № 1. С. 23–26.

²⁴ *Международные валютно-кредитные и финансовые отношения* / под ред. Л.Н. Красавиной. М., 2005. С. 110–111.

²⁵ *Линдерт П.Х.* Экономика мирохозяйственных связей. М., 1992. С. 322.

Наличие в отечественном законодательстве составов преступлений, предусмотренных п. «г» ч. 2 ст. 193 и п. «в» ч. 2 ст. 193¹ УК РФ, свидетельствует о признании государством массовости нарушений в данной сфере правоотношений. Причем зачастую злоумышленники используют арбитражные процедуры, чтобы избежать уголовной ответственности. Об этом свидетельствуют итоги работы судов за 2017 год, подведенные Верховным Судом России. Так, количество принятых в арбитражных судах к производству дел о несостоятельности (банкротстве) неуклонно растет с 2013 года примерно на 10 тыс. в год (с 24,3 тыс. дел в 2013 году до 64,2 тыс. дел в 2017 году)²⁶. При этом статистика содержит устрашающие цифры — 87% в пользу использования механизма банкротства для списания долгов против 13% случаев, когда правовой механизм был использован как инструмент взыскания²⁷. Такая статистика очерчивает негативные тренды оттока капитала из страны, уменьшения валютного фонда²⁸, а равно формирования так называемых «грязных» денег с учетом того, что в подавляющем большинстве случаев банкротства являются фиктивными²⁹.

Помимо репатриации в рассматриваемый период времени государство столкнулось с необходимостью правовой охраны в сфере безналичных расчетов. Безналичные расчеты возникают тогда, когда «денежные расчеты производятся без непосредственного использования наличных денег, т.е. при перечислении денег по счетам кредитных учреждений или зачетах взаимных требований»³⁰. При этом безналичные расчеты позволяют накапливать в банках денежные ресурсы, которые становятся одним из источников выделения гражданам и организациям кредитов, а также с большей точностью определять размер эмиссии либо изъятия денежных средств из оборота.

Однако в настоящее время существует множество подводных камней в системе безналичных расчетов. Чтобы убедиться в этом, достаточно обратиться к Определению Верховного Суда России от 26.04.2016 № 45-КГ16-2, согласно которому вкладчик указывал, что конкурсный управляющий банка отказал ему в выплате страхового возмещения со ссылкой на непоступле-

²⁶ [Электронный ресурс]: // URL: <https://pravo.ru/story/200608/> (дата обращения: 05.03.2018)

²⁷ [Электронный ресурс]: // URL: http://regforum.ru/posts/3670_statistika_bankrotstv_vs_bolshe_i_bolshe/ (дата обращения: 05.03.2018). При заявленных на 2 трлн. рублей требованиях кредиторам удалось получить лишь 103 млрд. рублей [Электронный ресурс]: // URL: <https://fedresurs.ru/news/6d6f73ad-9bac-4e15-a8c5-8899f7d05a9c> (дата обращения: 05.03.2018)

²⁸ Карпович О.Г. Преступления, посягающие на валютный контроль Российской Федерации: ст. 193 УК РФ // Внешнеторговое право. 2011. № 1. С. 24.

²⁹ Данные Агентства по страхованию вкладов [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3299726> (дата обращения: 05.03.2018)

³⁰ Ивасенко А.Г. Безналичные расчеты: сущность, проблемы, перспективы развития. Новосибирск, 1996. С. 4–5.

ние денежных средств в кассу банка при заключении договора. При этом у вкладчика имелся на руках приходно-кассовый ордер, подтверждающий внесение им денежных средств на открытый в банке счет. Между тем Верховный Суд России разъяснил³¹, что по смыслу ст. 140 ГК РФ технические записи по счетам клиентов в банке, совершенные в условиях его неплатежеспособности, нельзя считать деньгами (денежными средствами), они не влекут правовых последствий в связи с фактической неплатежеспособностью кредитной организации.

Если тот или иной банк на момент внесения денежных средств на счет является неплатежеспособным и не располагает средствами для исполнения его обязательств перед кредиторами (что может быть подтверждено, например, ведомостью остатков по счетам), то договор банковского вклада нельзя признать заключенным, что влечет за собой отсутствие страхового случая (если страховка заключалась вкладчиком).

Денежными средствами в виде электронной записи о состоянии счета владельца будет признаваться только запись, сделанная, когда банк был платежеспособным. При этом здесь нельзя смешивать понятия электронных денег и систему электронных расчетов. «Не следует путать электронные деньги, выпуск которых увеличивает общую денежную массу в стране, с системой электронных расчетов, которая обеспечивает обращение уже имеющихся депозитных денег, эмитированных банками в соответствии с принятым порядком и находящихся под контролем центральных банков»³². Хотя следует отметить, что были и противоположные мнения³³.

Этап IV

Сегодня возникает новый, четвертый этап, связанный с новейшими платежными финансовыми технологиями и явлениями — криптовалютой и блокчейном. Еще К. Маркс вывел предвидение сущности таких денег: «Реальность, которую меновая стоимость товаров получает в этом процессе и которую золото представляет в своем обращении, есть только реальность электрической искры. Хотя это действительно золото, функционирует оно здесь лишь как кажущееся золото и поэтому может быть замещено в этой функции знаком самого себя»³⁴.

³¹ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4. 2016 (утв. Президиумом Верховного Суда 20.12.2016). С. 40 [Электронный ресурс]: // URL: http://www.vsrfl.ru/Show_pdf.php?Id=11201 (дата обращения: 15.03.2017)

³² Катаносов В.Ю., Бурлачков В.К., Ткачев В.Н. Деньги. М., 2010. С. 44.

³³ Перепеченко В.П. Деньги, банки, кредит. М., 2008. С. 18.

³⁴ Маркс К., Энгельс Ф. Капитал / Соч. Т. 13. С. 98.

В настоящее время сформировался тренд, в соответствии с которым набирают силу денежные суррогаты. И профессиональные, и непрофессиональные участники все активнее обсуждают различные моменты использования криптовалют в том или ином государстве. С каждым днем растет количество новостей, связанных с технологией блокчейна и виртуальными деньгами. Появляются проекты законов о регулировании в криптосфере³⁵, организуются лекционные курсы³⁶, проводятся конференции. Между тем в погоне за новым счастьем мы забыли об оборотной стороне медали. Нужно ясно понимать, кто именно будет нести ответственность за противоправные действия в рассматриваемой сфере?

«Управление рисками — трудоемкий и сложный процесс, между тем, финансовой сфере особенно присущи инновации и стремительное появление новых продуктов»³⁷. Для цельного регулирования криптосферы необходимо приложить все усилия для того, чтобы право выполнило по отношению к любому такому риску следующие функции: «легальное признание и допущение рисков, установление средств предупреждения и минимизации риска, определение меры ответственности, а также функции компенсаторных средств»³⁸.

Однако сегодня основной вопрос состоит в том, насколько безопасны криптовалюты? Банк международных расчетов (BIS) выпустил специальный отчет по рискам выпуска суверенных криптовалют, в котором обратил внимание центральных банков на необходимость осторожного подхода в создании национальных криптоденег ввиду угрозы финансовой дестабилизации в случае экономического кризиса либо серьезного потрясения³⁹. По данным Positive Technologies⁴⁰ мошенники в 2017 году похитили 300 млн. долларов США через ICO. И речь идет не о том, что преступники выходили с проектами на ICO, а потом исчезали с горизонта. В подавляющем большинстве случаев злоумышленники стремятся получить контроль над самой платформой, чтобы подменить адрес криптокошелька организаторов своим, потребовать выкуп и пр.⁴¹

³⁵ [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.rg.ru/2017/12/27/v-rossii-predlozhili-sozdat-reestr-sdelok-provodimyh-cherez-blokchejn.html> (дата обращения: 15.03.2018)

³⁶ [Электронный ресурс]: // URL: <https://bitnovosti.com/2017/09/13/russian-universities-have-included-blockchain-basics-in-their-training-programs/> (дата обращения: 15.03.2018)

³⁷ Институты финансовой безопасности: монография / отв. ред. И.И. Кучеров, Н.А. Поветкина. М., 2017. С. 122.

³⁸ Тихомиров Ю.А., Шахрай С.М. Риск и право. М., 2012. С. 10.

³⁹ [Электронный ресурс]: // URL: <https://cryptorussia.ru/news/bank-mezhdunarodnyh-raschetov-rekomendoval-centralnym-bankam-vzvesit-riski-pered-zapuskom> (дата обращения: 21.03.2018)

⁴⁰ [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3566894> (дата обращения: 06.03.2018)

⁴¹ Сидоренко Э.Л. Криминальное использование криптовалюты: международные оценки // Международное уголовное право и международная юстиция. 2016. № 6. С. 8–10.

Хотя основанная на технологии блокчейна система выстраивается таким образом, чтобы в большинстве вариантов оставаться стабильной, тем не менее оказать на нее воздействие в преступных целях возможно. Так, решение о внесении каких-либо новых данных в системе распределенного реестра принимается большинством участников, имеющих право голоса. Условно, существует 1000 компьютеров по всему миру с определенной базой данных. Соответственно, чтобы подделать данные, нам необходимо иметь доступ к 501 из них, если на текущий момент все компьютеры находятся в работающем режиме и подключены к сети Интернет. Теперь представим себе, что ночью работающих компьютеров гораздо меньше. Таким образом, можно предположить, что в день какого-либо мероприятия (скажем, спортивного) и пр., таких компьютеров в рабочем состоянии останется 251, а то и меньше, что значительно упрощает взлом системы.

Далее, одной из современных проблем в этой сфере является то, что мы не знаем, какие компании будут выполнять сервисные работы и обслуживать программное обеспечение. Вполне возможно устроить диверсии — повредить трансляционную вышку связи, на время обесточить территорию, запустить в компьютеры вирусные программы и т.п. Иными словами, из оставшегося 251 компьютера мы вправе исключить, скажем, 100 компьютеров, примерно находящихся на небольшом удалении от преступной группы. Иными словами, такая система станет уязвимой, данные в ней можно скорректировать и за небольшой период времени вывести криптовалюту, похитить ее. Аналогичные действия можно совершить и если ваша вычислительная мощность будет больше вычислительной мощности половины компьютеров сети, либо если вы обладаете новой технологией (квантовым компьютером).

На современном уровне проблема IV этапа в развитии уголовно-правовых запретов в сфере валютно-денежного обращения состоит в отсутствии должного правового механизма регулирования цифровой экономики, на что часто обращается внимание в отечественной науке⁴². В свою очередь отсутствие решения данной проблемы не позволяет минимизировать риски финансовой стабильности РФ.

Выводы

Валютно-денежные отношения представляют собой комплексную систему, которая регламентируется правом в его широком понимании и находит-

⁴² См., напр.: Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал российского права. № 9. 2018. С. 5; Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. № 1. 2018. С. 85; Талапина Э.В. Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. № 2. 2018. С. 5.

ся под защитой государства. Одними из средств защиты валютно-денежных отношений выступают уголовно-правовые запреты. Комплекс указанных запретов определяется состоянием национальной валютно-денежной системы и ходом ее эволюции.

Исторический анализ регулирования денежного обращения в России позволяет выделить четыре этапа в развитии уголовно-правовых запретов, направленных на защиту валютно-денежной системы государства, которые были связаны с эволюцией отношений в указанной сфере. Между тем приведенный выше анализ свидетельствует, что вносимые в данной сфере в отечественное законодательство изменения в большей степени были реакцией на уже сложившиеся исторические условия.

Темп жизни таков, что в данной сфере необходимо действовать по возможности на опережение. Современный этап через призму исторического анализа и ввиду необходимости построения устойчивой экономики должен также получить правовое выражение, в том числе и посредством установления уголовно-правовых запретов. Финансовая безопасность должна соответствовать развитию валютно-денежных отношений и быть адаптирована к современным условиям, в том числе и в уголовно-правовой сфере.



Библиография

- Берже П. Денежный механизм. Пер. с франц. М.: Прогресс, 1993. 144 с.
- Грачева Е.Ю. и др. Актуальные проблемы финансового права. М.: НОРМА, 2016. 208 с.
- Институты финансовой безопасности / отв. ред. И.И. Кучеров, Н.А. Поветкина. М.: ИНФРА-М, 2017. 246 с.
- Кучеров И.И. Законные платежные средства: теоретико-правовое исследование. М.: НОРМА, 2016. 392 с.
- Линдерт П.Х. Экономика мирохозяйственных связей. Пер. с англ. М.: Экономика, 1992. 518 с.
- Лунц Л.А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. М.: Юрид. изд-во, 1948. 215 с.
- Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М.: Юрист, 1999. 351 с.
- Рожнов А.А. История уголовного права Московского государства (XIV–XVII вв.). М.: Юрлитинформ, 2012. 512 с.
- Сальников А.В. Исторический генезис понятий «шайка» и «банда» как разновидностей соучастия особого рода в отечественном законодательстве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 7. С. 99–103.
- Сидоренко Э.Л. Криминальное использование криптовалюты: международные оценки // Международное уголовное право и международная юстиция. 2016. № 6. С. 8–10.
- Соболев М.Н. Очерки финансовой науки. М.: Пролетарий, 1925. 186 с.

Талапина Э.В. Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. № 2. 2018. С. 5–17.

Хабриева Т.Я. Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал российского права. № 9. 2018. С. 5–16.

Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. № 1. 2018. С. 85–102.

Kaplanov N. Nerdy Money: Bitcoin, Private Digital Currency, and the Case Against Its Regulation // Temple University Legal Studies Research Paper. 46 p. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2115203> (accessed: 15.03.2018)

Monetary Relations as Object of Criminal Law Protection: History and Modernity



Denis Pechegin

Senior Researcher, Department of Criminal Law and Judicial System, Institute of Legislation and Comparative Law under Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russia. E-mail: crim5@izak.ru



Abstract

At the present level of development of the state and society, any relations regulated by law are a component of the system, which is either integral or seeks to become such. Equally, this thesis can be extended to monetary relations, presenting them as a special system. Structural elements of such a system are banknotes, their various denominations, procedures of their issuance, and organization of their circulation. However, this system and its proper functioning are framed by the law that describes the system itself and regulates social relations within it, which was highlighted in the last anniversary report of the Club of Rome. This is one of the philosophical mistakes that goes back to the idea of Adam Smith that the boundaries of the market, law and morality coincide, and that law and values represent only the background of these processes. Meanwhile, recent research in this area shows that an economic system's functioning is limited by more fundamental rules — i.e., by law and morality. The monetary system plays no less of an important role in this regard, as it is an essential component of the state in view of the interrelationship and interdependence of a country's national security and its social and economic development. But, like any other relations regulated by law, monetary relations within the framework of this system are subject to protection by the state in order to maintain a fluid balance (harmony); and the effectiveness of a national monetary mechanism, for which the legislative framework provides a wide array of measures, including criminal law. The subject of research is the system of monetary relations as an object of criminal legal protection. The purpose of this analysis is to discover what criminal legal mechanisms have been used to protect the domestic currency market in the past, and what issues the monetary system is facing today. The article is prepared on the basis of a legal and technical analysis of legal norms, as well as comparative legal and formal logical methods; i.e., the method of systemic analysis. According to the author, a historical analysis of the issue as framed will positively affect the development of a qualitative approach to resolving modern issues. The conclusion is that financial security must comply with a tangible development of monetary relations and be adapted to modern conditions, including those of criminal justice.



Keywords

counterfeiting, forgery of paper money, currency regulation, money surrogates, currency crimes, cryptocurrency.

Citation: Pechegin D.A. (2018) Monetary Relations as Object of Criminal Law Protection: History and Modernity. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 181–195 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.181.195



References

Aktual'nye problemy finansovogo prava [Issues of Financial Law] (2016) E. Yu. Gracheva (ed.). Moscow: NORMA, 208 p. (in Russian)

Berzhe P. (1993) *Denezhnyi mekhanizm* [Money Machinery]. Moscow: Ekonomika, 144 p. (in Russian)

Instituty finansovoi bezopasnosti [The Institutions of Financial Security] (2017) I.I. Kucherov, N.A. Povetkina (eds.). Moscow: Norma, 246 p. (in Russian)

Kaplanov N. (2016) Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency, and the Case Against Its Regulation. Temple University Legal Studies Research Paper. 46 p. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2115203> (accessed: 15.03.2018)

Khabrieva T. Ya. (2018) Pravo pered vyzovami cifrovoj real'nosti [Law and Digital Challenges]. *Zhurnal rossijskogo prava*, no 9, pp. 5–16.

Khabrieva T. Ya., Chernogor N.N. (2018) Pravo v usloviyah cifrovoj real'nosti [Law vs. Digital Reality]. *Zhurnal rossijskogo prava*, no 1, pp. 85–102.

Kucherov I.I. (2016) *Zakonnye platezhnye sredstva: teoretiko-pravovoe issledovanie* [Legal Means of Payments: a Study in Legal Theory]. Moscow: Norma, 392 p. (in Russian)

Lindert P. (1992) *Ekonomika mirohozyajstvennyh svyazei* [Economics of Global Links]. Moscow: Progress, 518 p. (in Russian)

Luntc L.A. (1948) *Denezhnoe obyazatel'stvo v grazhdanskom i kollizionnom prave kapitalisticheskikh stran* [Money Obligations in the Civil Law of Capitalist States]. Moscow: Juridicheskaya literatura, 215 p. (in Russian)

Luntc L.A. (1999) *Dengi i denezhnye obyazatel'stva v grazhdanskom prave* [Money and Money Obligations in the Civil Law]. Moscow: Jurist, 351 p. (in Russian)

Rozhnov A.A. (2012) *Istoriya ugolovnogo prava Moskovskogo gosudarstva (XIV-XVII vv.)* [A History of Criminal Law of Moscow State (14th–17th century)]. Moscow: Yurlitinform, 512 p.

Sal'nikov A.V. (2016) Istoricheskiy genesis ponyatiy «shajka» i «banda» kak raznovidnostej souchastiya osobogo roda v otechestvennom zakonodatel'stve [A Historical Evolution of Terms “gang” and “band” as Different Types of Complicity in National Legislation]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 7, pp. 99–103.

Sidorenko E.L. (2016) Kriminal'noe ispol'zovanie kriptovalyuty: mezhdunarodnye ocenki [Unlawful Using of Cryptocurrency: International Evaluations]. *Miezhdunarodnoe ugolovnoe pravo i miezhdunarodnaya justitia*, no 6, pp. 8–10.

Sobolev M.N. (1925) *Ocherki finansovoi nauki* [Essays in Finances]. Moscow: Proletarij, 186 p. (in Russian)

Talapina E.V. (2018) Pravo i cifrovizaciya: novye vyzovy i perspektivy. *Zhurnal rossijskogo prava*, no 2, pp. 5–17.

Уголовно-правовые проблемы противодействия деятельности, направленной на побуждение к совершению убийств и самоубийств



В.Е. Круковский

заведующий кафедрой уголовного права, процесса и национальной безопасности Юридического института Вятского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 610000, Российская Федерация, Киров, ул. Московская, 36. E-mail: krukovsky@vyatsu.ru



И.Н. Мосечкин

доцент кафедры уголовного права, процесса и национальной безопасности Юридического института Вятского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 610000, Российская Федерация, Киров, ул. Московская, 36. E-mail: Weretowelie@gmail.com



Аннотация

Статья посвящена исследованию уголовно-правовых проблем регулирования ответственности за склонение к самоубийству и содействие его совершению, а также за организацию деятельности, связанной с пропагандой убийств и самоубийств. Новые статьи УК РФ нуждаются в совершенствовании, кроме того, за рамками правового поля остается организация деятельности, направленная на побуждение к совершению убийств. Актуальность проблем обусловливается тем, что, согласно статистической информации и исследованиям ученых, число самоубийств остается на высоком уровне, при этом качественные показатели меняются в сторону увеличения числа жертв среди несовершеннолетних. Растет количество «безмотивных» актов агрессии, в том числе на объектах социальной инфраструктуры, спровоцированных не без участия сообществ социальных сетей и каналов мессенджеров насильственной тематики. В качестве цели исследования авторы определили разработку рекомендаций по совершенствованию уголовного законодательства с учетом внесения в него последних изменений в рамках борьбы со склонением и содействием совершению самоубийств, а также большой роли социальных сетей и мессенджеров в жизни общества. При проведении исследования методологической основой послужил диалектический метод познания, который позволил оценить предмет исследования во взаимосвязи с нормами уголовного права и общественными явлениями. Были применены также сравнительно-правовой и нормативно-догматический методы, контент-анализ, с помощью которых стал возможен анализ социальных явлений в контексте их правового регулирования. Проанализированы положения доктрины уголовного права о противодействии стороннему влиянию на совершение самоубийств и убийств. Изучение судебно-следственной практики по-

зволило выявить современные качественные изменения такого влияния. В ходе исследования авторы пришли к выводу о возможности объединения ст. 110 и 110.1 УК РФ, поскольку они обладают значительным сходством, а виновное лицо в ходе их исполнения стремится к одному и тому же результату. Авторами также предложен вариант расширенной редакции ст. 110.2 УК РФ, охватывающей организацию деятельности, направленной на побуждение к совершению не только самоубийств, но и убийств.



Ключевые слова

уголовное право, Уголовный кодекс Российской Федерации, самоубийство, убийство, доведение, склонение, содействие, организация деятельности, побуждение.

Библиографическое описание: Круковский В.Е., Мосечкин И.Н. Уголовно-правовые проблемы противодействия деятельности, направленной на побуждение к совершению убийств и самоубийств // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 4. С. 196– 215.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.196.215

Проблема предупреждения самоубийств является в настоящее время как никогда актуальной, поскольку их число среди городского и сельского населения в России остается на высоком уровне. По данным Федеральной службы государственной статистики, в 2015 году количество суицидов составило 24 982, что, впрочем, по сравнению с 2014 годом является снижением на 6%. За январь — декабрь 2016 года количество самоубийств составило 23 119. Число указанных случаев продолжило снижаться в 2017 году и, по оперативным данным Росстата, составило 20 055¹.

На первый взгляд статистические сведения отражают абсолютно положительную динамику, поскольку количество самоубийств год от года неуклонно сокращается. Однако, как отмечают и зарубежные, и отечественные исследователи, официальные данные не всегда отражают ситуацию по ряду причин, например, в силу того, что неявно выраженные случаи суицида таковыми не признаются².

Кроме того, количественные показатели нельзя рассматривать в отрыве от показателей качественных, которые заставляют задуматься. Так, возрастная характеристика самоубийц позволяет сделать выводы об их особенностях. В психологии и криминологии преобладает обоснованное мнение,

¹ Сайт Федеральной службы государственной статистики [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.gks.ru/> (дата обращения: 07.01.2018)

² Andreissen K. Do We Need to be Cautious in Evaluating Suicide Statistics? // European Journal of Public Health. 2006, no 4, p. 445–447.

что для лиц молодого возраста характерны импульсивные поступки. Показатели самоубийств подтверждают такую позицию. Более того, по данным Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по правам ребенка А.Ю. Кузнецовой, в 2016 году количество детских и подростковых самоубийств увеличилось почти на 60%³.

Таким образом, возрастной состав самоубийц меняется, а это, в свою очередь, говорит и о трансформации причин таких поступков, об особенностях личности, о специфике предупреждения и иных значимых моментах. Рассматривая причины детально, следует отметить, что они за последнее время подверглись существенным изменениям.

Можно ли было представить всего пять лет назад, что доведение до самоубийства станет возможным не только с помощью жестокого обращения или унижения, но и в игровой форме, жертвами которой оказываются лица из вполне благополучных семей, не находящиеся в тяжелой жизненной ситуации? Тем не менее сегодня это стало действительностью. Более того, в определенных сообществах в социальных сетях и каналах мессенджеров происходит поощрение не только самоубийств, но и убийств, причем зачастую «немотивированных» — как вызов обществу, смелый поступок, при котором личность жертвы фактически не имеет значения. Уголовный кодекс Российской Федерации (далее — УК РФ) содержит нормы, запрещающие разжигать ненависть, основой которой служат какие-либо признаки (религиозные, расовые и иные), но организованная деятельность по поощрению убийств в целом остается за пределами его регулирования до тех пор, пока такая деятельность не оформится в виде конкретного подстрекательства.

Целью настоящего исследования выступает разработка рекомендаций о совершенствовании уголовного законодательства в направлении внесения в него изменений в рамках борьбы со склонением и содействием совершению самоубийств с учетом повышения роли социальных сетей и мессенджеров в общественной жизни. Диалектический метод познания служит методологической основой исследования, поскольку позволяет оценить предмет исследования во взаимосвязи с нормами уголовного права и общественными явлениями. Это обусловило выбор сравнительно-правового метода, позволяющего сопоставить отечественное и зарубежное законодательство в области борьбы с самоубийствами и пропагандой убийств. Использовался также нормативно-догматический метод, без которого невозможно должно образом оценить правовые категории, выявить и истолковать их признаки. Наконец, должная аргументация было обеспечена благодаря социологическим методам (изучение документов, контент-анализ), с помощью которых стал возможен анализ социальных явлений в контексте их правового регулирования.

³ Проблема детских суицидов требует особых решений [Электронный ресурс]: // URL: <https://vz.ru/society/2017/3/20/862723.html> (дата обращения: 08.01.2018)

Новейшим причинам самоубийств не уделялось должного внимания пока ситуация не получала общественного резонанса. Родителям, правоохранительным органам стало известно о существовании «групп смерти» в социальных сетях, деятельность которых сводилась (и во многом сводится до сих пор) к выполнению заданий в игровой форме, которые дети получали от кураторов — лиц, им ранее неизвестных. Как правило, первые задания носят несложный характер, например, посмотреть видеоролик. Последние же задания приводят к самоубийству либо к выполнению какой-либо деятельности, опасной для жизни и здоровья участника.

Известными на сегодняшний день являются группы «F57», деятельность которых была пресечена в связи с привлечением одного из организаторов к уголовной ответственности. В данный момент «группы смерти» продолжают действовать, пусть и в несколько иной форме. Достаточно взглянуть на ряд сообществ в социальных сетях и каналов в мессенджерах, призывающих совершать действия, опасные для участников. Словом, организаторы «групп смерти» изобретают новые приемы и подстраиваются под законодательство. Например, по нашему мнению, признакам таких групп соответствуют действующие на момент написания статьи группы и каналы с названием «Новый путь», кураторы которых дают соответствующие задания, повышая их сложность. Отметим, что политика социальных сетей и мессенджеров, как правило, направлена на недопущение такой деятельности, но контрдействия предпринимаются далеко не всегда своевременно.

Даже не рассматривая детально детерминацию участия детей в таком опасном деянии (к ним можно отнести отсутствие страха, участие «за компанию», бунтарство), можно с уверенностью сделать вывод — данное явление привлекает детей, а пресечь его необходимо как можно скорее, иначе количество жертв только продолжит расти.

Ранее уголовно-правовая проблема заключалась в том, что законодательство не предусматривало ответственности за организацию таких видов деятельности. Прежняя редакция ст. 110 УК РФ «Доведение до самоубийства» регулировала данные отношения, однако преступления должны были быть совершены только определенными способами, в частности, путем угроз, жестокого обращения или систематического унижения человеческого достоинства. Отчасти исчерпывающим и узким перечнем способов совершения деяния объясняется слабая распространенность данных преступлений на территории России. В 2015 году, например, было зарегистрировано всего 205 доведений до самоубийства. По мнению А.В. Агафонова, низкие показатели обусловлены также тем, что уголовные дела часто прекращаются за отсутствием состава преступления и не передаются в суд⁴.

⁴ Агафонов А.В. Уголовная ответственность за доведение до самоубийства. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 4.

Диспозиция статьи не указывала таких способов, как уговоры, обман, шантаж, игровая форма, в связи с чем основная деятельность «групп смерти» не имела всех признаков состава преступления, что делало практически невозможным привлечение их организаторов к уголовной ответственности. В качестве примера следует упомянуть производство по делу по обвинению Б.Ф.А. в доведении до самоубийства нескольких лиц. Тобольским районным судом Тюменской области он был признан виновным в совершении преступлений, предусмотренных ч. 3 ст. 30, ст. 110, ст. 110 УК РФ. Несмотря на то, что Б.Ф.А. участвовал в организации «групп смерти F57», его действия по даче советов или уговоров по совершению самоубийств не подпадали под признаки данных преступлений. Однако по отношению к нескольким лицам Б.Ф.А. все же использовал угрозы, в том числе в отношении близких, что и позволило привлечь его к уголовной ответственности по указанным выше статьям⁵.

Еще раз отметим, если бы Б.Ф.А. применял другие психологические приемы склонения к самоубийству, то уголовная ответственность на тот момент была бы исключена. Попытка заполнить правовой пробел была предпринята в 2017 году с принятием Федерального закона от 07.06.2017 № 120-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в части установления дополнительных механизмов противодействия деятельности, направленной на побуждение детей к суицидальному поведению». Как справедливо было указано в пояснительной записке проекта данного закона, появились новые формы противоправных воздействий, влияющих на сознание детей, которые вовремя не были спрогнозированы и оценены криминологами⁶.

Таким образом, в УК РФ были введены новые статьи, направленные на противодействие пропаганде самоубийств: ст. 110.1 «Склонение к совершению самоубийства или содействие совершению самоубийства» и ст. 110.2 «Организация деятельности, направленной на побуждение к совершению самоубийства».

Оперативность законодателя и стремление охватить правом новые явления заслуживают безусловной похвалы. Как отмечает О.В. Артюшина, криминализация деяний, подталкивающих несовершеннолетних к само-

⁵ Материалы уголовного дела №1-51-2017 по обвинению Б.Ф.А. в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 30, ст. 110; ст. 110 УК РФ / Архив Тобольского районного суда Тюменской области. 2017.

⁶ Пояснительная записка «К проекту федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в части установления дополнительных механизмов противодействия деятельности, направленной на побуждение детей к суицидальному поведению» // СПС КонсультантПлюс.

убийствам, поддерживается многими специалистами⁷. Тем не менее, действующие редакции статей были подвергнуты в научной среде во многом обоснованной критике, в связи с чем приходится говорить о необходимости их теоретического и практического осмысления и на основе этого — о дальнейшем совершенствовании.

В силу расположения ст. 110.1 УК РФ в главе «Преступления против жизни и здоровья», а также рядом со ст. 110, вероятно, по мнению законодателя, непосредственным объектом данного преступления выступает жизнь другого человека.

Что касается анализа признаков объективной стороны, то в первую очередь следует отметить, что в частях первой и второй статьи предусмотрены самостоятельные составы преступления. В соответствии с ч. 1 ст. 110.1 УК РФ, уголовная ответственность предусматривается за склонение к совершению самоубийства. В качестве способов склонения указываются уговоры, подкуп и иные — перечень не является исчерпывающим. В то же время диспозиция является отсылочной, поскольку должны отсутствовать признаки доведения до самоубийства. В противном случае деяние квалифицировалось бы по ст. 110 УК РФ. По конструкции объективной стороны состав относится к формальным, следовательно, для признания преступления оконченным не требуется наступления общественно опасных последствий в виде смерти другого человека.

Согласно ч. 2 ст. 110.1 УК РФ, уголовно наказуемым деянием признается содействие совершению самоубийства советами, указаниями, предоставлением информации, средств или орудий совершения самоубийства либо устранением препятствий к его совершению или обещанием скрыть средства или орудия совершения самоубийства. Законодателем вполне разумно использованы конструкции общей части УК РФ. Так, деяние, предусмотренное ч. 1 ст. 110.1, основано на положениях о подстрекательстве, а деяние, предусмотренное ч. 2, — на положениях о пособничестве, за исключением того, что конечным результатом действий не выступает преступление.

Субъективная сторона анализируемых составов характеризуется умышленной формой вины, в частности, прямым умыслом. Виновное лицо осознает, что склоняет человека к совершению самоубийства или содействует этому, и желает осуществления этим человеком самоубийства. Субъектом данных преступлений выступает физическое лицо, достигшее 16-летнего возраста, вменяемое.

Таким образом, наиболее существенное отличие ст. 110.1 от ст. 110 УК РФ заключается в том, что для достижения результата используются разные способы. При доведении до самоубийства ими выступают различные виды

⁷ *Артюшина О.В.* Новеллы УК РФ о противодействии деятельности, направленной на побуждение несовершеннолетних к суицидальному поведению // Вестник Казанского юридического института МВД России. 2017. №3. С. 85–92.

физического и нефизического насилия, тогда как при склонении к самоубийству используются иные психологические приемы.

Столь незначительное, на наш взгляд, отличие едва ли следует использовать для дифференциации уголовной ответственности. И в том, и в другом случаях виновное лицо стремится к достижению одинакового результата. И в том, и в другом случаях злоумышленник избирает для этого инструментарий, чаще носящий психологический характер. Кроме того, имеет ли значение для родственников лица, совершившего самоубийство, а также для общества и государства способ, каким лицо было доведено до данного поступка? Наиболее важным правовым значением обладает тот факт, что человек принял решение совершить суицид, но это решение было сформировано под влиянием извне. Неважно, каким было это влияние по характеру, если оно реализовывалось умышленно и привело к общественно опасному последствию.

В связи с изложенным вполне обоснованной является позиция ученых, предлагающих объединить анализируемые составы преступлений в рамках одной ст. 110 УК РФ, содержащей перечень способов доведения, склонения и содействия совершению самоубийства⁸. Такая оптимизация будет способствовать правильной концентрированности изложения правовой информации и должной емкости уголовно-правовых предписаний. Наконец, облегчается и работа правоприменителя в силу сокращения массива нормативно-правовых предписаний.

Объединенная ст. 110 УК РФ может сохранить используемое в данный момент название как охватывающее ее основное содержание. Способы доведения и склонения перечислять в диспозиции нет необходимости, поскольку перечень и так является открытым. Моментом окончания преступления следует признать совершение лицом самоубийства или покушения на самоубийство. Если действия виновного лица не привели к указанным последствиям, его деятельность должна быть квалифицирована как неоконченное преступление. Отметим также, что с учетом объединения необходим пересмотр санкции статьи, поскольку при назначении наказания необходимо увеличить арсенал его дифференциации и индивидуализации.

В соответствии со ст. 110.2 УК РФ, уголовная ответственность предусматривается за организацию деятельности, направленной на побуждение к совершению самоубийства путем распространения информации о способах совершения самоубийства или призывов к совершению самоубийства. Здесь прослеживается криминализация деяний, ранее практически не встречавшихся в судебно-следственной практике, но ставших столь распространенными теперь в связи с возросшей и продолжающей возрастать информатизацией общества. В связи с этим необходимо обратить внима-

⁸ Артюшина О.В. Указ. соч. С. 85–92.

ние, что законодателем в ч. 2 ст. 110.2 совершенно правильно включен такой квалифицирующий признак, как сопряженность с публичным выступлением, использованием публично демонстрирующегося произведения, средств массовой информации или информационно-телекоммуникационных сетей.

Непосредственным объектом посягательства здесь также выступает жизнь другого человека, учитывая место ст. 110.2 в главе 16 УК РФ. Объективную сторону составляют действия по организации деятельности, описанной в диспозиции ч. 1 ст. 110.2 УК РФ. По конструкции объективной стороны состав является формальным, т.е. для признания указанного преступления оконченым не требуется наступления общественно опасных последствий.

Субъективная сторона анализируемого состава характеризуется умышленной формой вины, в частности, прямым умыслом. Виновное лицо осознает, что организует деятельность, направленную на побуждение к совершению убийства, и желает этого. Субъектом данного преступления выступает физическое лицо, достигшее 16-летнего возраста, вменяемое.

Полагаем, что сферу действия данной статьи необходимо расширить в связи с изменением содержания пропаганды девиантного насильственного поведения в социальных сетях и иных средствах обмена информацией. Проиллюстрируем данное утверждение примерами. В 2015 году Г.С.В. обвинялся в совершении преступлений, предусмотренных ч. 4 ст. 206 УК РФ, ч. 3 ст. 30, п. «а», «б» и «к» ч. 2 ст. 105 УК РФ и п. «а» и «б» ч. 2 ст. 105 УК РФ. Как установил Бутырский районный суд Москвы, 15-летний обвиняемый, будучи учащимся, пришел в школу с винтовкой, принадлежащей отцу. В помещении школы он застрелил учителя и захватил заложников. Г.С.В. также позднее застрелил одного из прибывших по вызову сотрудников полиции и ранил другого. По итогам рассмотрения дела Г.С.В. был признан невменяемым с назначением ему принудительных мер медицинского характера. Несмотря на дальнейшие многочисленные пересмотры дела, окончательное решение осталось тем же⁹.

Данное событие получило широкую общественную огласку, поскольку подобные деяния в России, в отличие от США, встречались исключительно редко, тем более с использованием огнестрельного оружия. Однако в последнее время ситуация крайне обострилась, и таких инцидентов стало больше.

В частности, 15 января 2018 года два подростка проникли в здание школы, имея при себе ножи. Один из них являлся действующим учеником школы, поэтому прохождение через охрану не составило труда. Внутри здания произошел конфликт, в результате которого подростки наносили ножевые ранения учительнице и младшеклассникам. В ходе нападения пострадали около 15 человек, а по факту произошедшего возбуждено уголовное дело по

⁹ «Школьного стрелка» отправили лечиться [Электронный ресурс]: // URL: <https://iz.ru/news/603642> (дата обращения: 17.01.2018)

ч. 3 ст. 30, п. «а» ч. 2 ст. 105 УК РФ¹⁰. Расследование в настоящий момент не закончено. Крайне похожая ситуация произошла немногим позже — 19 января 2018 года 15-летний ученик одной из школ города Улан-Удэ совершил нападение на других учеников с использованием топора. Кроме того, он поджег учебное помещение при помощи заранее приготовленной бутылки с горючей смесью. Пострадали 7 человек, несколько из которых находились в тяжелом состоянии. В отношении нападавшего возбуждено уголовное дело по ч. 3 ст. 30, п. «а» и «в» ч. 2 ст. 105 УК РФ. Расследование в настоящий момент также не закончено¹¹.

Одним из наиболее резонансных случаев за последнее время стало нападение в октябре 2018 года на учащихся и сотрудников политехнического колледжа в Керчи. При нападении использовалось самодельное взрывное устройство и огнестрельное оружие. Расследование на момент написания настоящей статьи не могло быть закончено, однако, данные средств массовой информации позволяют сделать вывод, что нападение было совершено одним из студентов. Число пострадавших составило более 70 человек. Мотивы такого поступка подлежат установлению¹².

Сегодня в прессе периодически сообщается и о иных нападениях внутри учебных заведений. Совокупность событий вынуждает сделать вывод, что произошедшее не является совпадением. Это подтверждается, помимо прочего, небольшим временным периодом между событиями, одинаковым выбором объектов агрессии, а также субъектами, обладающими схожими признаками, как уголовно-правовыми, так и криминологическими. Еще одним, если не основным подтверждением является факт, что, по данным прессы, нападавшие состояли в так называемых «Колумбайн-сообществах» — группах в социальных сетях, посвященных массовым убийствам в школах, в том числе в «Columbine High School», в которой ранее произошло нападение учеников с применением огнестрельного оружия¹³. Вопреки нравственным устоям, во многих указанных группах нападение на школы оценивается поло-

¹⁰ Нападение с ножом в пермской школе. Что известно? [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.novayagazeta.ru/articles/2018/01/15/75145-napadenie-s-nozhom-v-permskoy-shkole-glavnoe> (дата обращения: 17.01.2018)

¹¹ В силовых структурах рассказали подробности нападения на школу в Улан-Удэ [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.rbc.ru/society/19/01/2018/5a617e829a794726f1e9f019> (дата обращения: 19.01.2018)

¹² Трагедия в Керчи: Восстановлена хроника событий [Электронный ресурс]: // URL: <https://rg.ru/2018/10/17/reg-ufo/tragediia-v-kerchi-vozstanovlena-hronika-sobytij.html> (дата обращения: 01.11.2018)

¹³ Под названием «Columbine High School» имеется в виду старшая (по нашей терминологии — средняя) школа в округе Джефферсон (штат Колорадо), в которой 20.04.1999 произошло одно из наиболее крупных массовых убийств в истории учебных заведений США. Убийство в дальнейшем послужило основой подражателям в США и других странах.

жительно, а преступникам придается облик героев, совершивших правильный поступок. В обсуждениях к выложенным видеороликам часто встречаются восхищенные отзывы. Как отмечают зарубежные авторы по итогам социологических исследований: «Фанаты стрельбы в школе — постоянное явление на таких сервисах как «YouTube», а дело «Колумбайн» продолжает привлекать общество по всему миру даже спустя 15 лет после трагедии»¹⁴. Некоторые признаки подражательства инциденту в школе «Columbine High School» имеются и в нападении на керченский политехнический колледж.

Данная тематика является далеко не единственной. В социальных сетях достаточно групп, разжигающих ненависть или призывающих к убийствам. Проблема заключается в том, что, несмотря на пропаганду крайней агрессии по отношению к другим лицам, привлечение к уголовной ответственности едва ли является возможным. Под признаки преступлений экстремистской направленности подобные высказывания не подпадают, поскольку ненависть разжигается не по мотивам расовой, национальной или иной неприязни. Таким образом, в социальных сетях (и не только в них) существуют различные группы, имеющие своей целью побуждение к актам агрессии.

Разжигание агрессии посредством использования Интернета, приводящее к нападению на объекты социальной инфраструктуры, является не только отечественной, но и зарубежной проблемой, получившей развитие во многих научных трудах. Так, Дж. Сумиала и М. Тикка, проанализировав влияние находящихся в открытом доступе видеозаписей нападений на учебные заведения, пришли к выводу, что постоянная циркуляция насильственного материала по этим съемкам питает сообщества, созданные и поддерживаемые в связи с тематикой ненависти и тревоги¹⁵.

Другие зарубежные ученые проанализировали наиболее резонансные нападения на школы с использованием огнестрельного оружия с 2005 года. Авторы установили, что все преступники были активны в Интернете и социальных сетях. Все они также изучали предшествующие нападения на учебные заведения, тем самым готовясь и подпитывая свою решимость. И, что является наиболее важным для криминологии, все преступники оставляли «цифровые следы», которые могли быть использованы правоохранительными органами для пресечения подобных нападений¹⁶.

Наконец, ряд ученых предлагает меры по законодательному регулированию пресечения пропаганды нападений с целью массовых убийств. Авторы

¹⁴ *Hawdon J., Oksanen A., Rasanen P.* Glamorizing Rampage Online: School Shooting Fan Communities On YouTube // *Technology in Society*. 2014, no 39, p. 55–67.

¹⁵ *Sumiala J., Tikka M.* Imagining Globalised Fears: School Shooting Videos and Circulation of Violence on YouTube // *Social Anthropology*. 2011, no 3, p. 254–267.

¹⁶ *Kuppö J., Semenov A., Veijalainen J.* Analyzing Presence of School-Shooting Related Communities at Social Media Sites // *International Journal of Multimedia Intelligence and Security*. 2010, no. 3, p. 232–268.

отмечают, что после серии «немотивированных» убийств, учебные заведения стали напоминать крепости. Но это не остановило последующих преступников. В связи с этим поднимается вопрос о запрещении медиа, связанных с насильственной тематикой¹⁷. Некоторые аналитики поддерживают тактику «скрытого предупреждения»: металлоискатели и охрана неэффективны, так как нападение всегда происходит неожиданно; необходимо снижать агрессию, в том числе ограничивать показ насилия в средствах массовой информации¹⁸.

Отечественным законодателем предприняты рациональные действия по криминализации организации деятельности, побуждающей к совершению самоубийств. Однако побуждения к совершению убийств являются не менее, а то и более общественно опасными, в связи с чем встал вопрос о криминализации такой деятельности. Чтобы определить место соответствующей нормы в структуре УК РФ, следует уточнить объект посягательства. Несмотря на то, что от побуждения к убийству жизнь человека напрямую не страдает, общественная опасность данного деяния заключается в том, что в конечном счете искаженная мотивация лица может быть реализована, вследствие чего наступит смерть другого человека. Таким образом, если определять возможный объект уголовно-правовой охраны от таких посягательств, то в этом качестве будут выступать общественные отношения, охраняющие жизнь другого человека, непосредственной защите которых посвящена глава 16 «Преступления против жизни и здоровья» УК РФ. Следовательно, именно в данной главе необходимо размещать уголовно-правовые нормы, связанные с запретом деятельности, побуждающей к совершению убийств.

На наш взгляд, нецелесообразно создавать для этого отдельную статью УК РФ; более эффективным будет внесение изменений в уже существующую. Поскольку криминализация деятельности, направленной на побуждение к совершению самоубийства (т.е. посягающей на схожий объект) уже реализована, можно прийти к заключению, сформулированному ранее — сферу действия ст. 110.2 УК РФ необходимо расширить, что позволит охватить новые виды общественно опасного поведения.

Несмотря на то, что убийство и самоубийство имеют различия по своему содержанию, их объединение встречается в законодательстве зарубежных стран. Так, если обратиться к уголовному законодательству Аляски (США), то можно заметить указанную особенность. Раздел 11 Конституции штата Аляска, посвященный уголовно-правовым нормам, содержит главу 41 «Преступления

¹⁷ Bailey C. et al. School Crime Policy Changes: The Impact of Recent Highly-Publicized School Crimes // *American Journal of Criminal Justice*. 2002, no 2, p. 269–285.

¹⁸ Nedzel N. Concealed Carry: The Only Way to Discourage Mass School Shootings // *Academic Questions*. 2014, no 4, p. 429–435.

против личности», согласно ст. 1 которой «лицо считается совершившим убийство первой степени, если принуждает или побуждает любого человека совершить самоубийство посредством принуждения или обмана»¹⁹.

Ст. 13-1103 уголовного законодательства штата Аризона к так называемому «простому убийству» относит пособничество самоубийству путем предоставления физических средств, которые использует другое лицо²⁰. В законодательстве целого ряда американских штатов (Колорадо, Флорида, Нью-Йорк и др.) применяется такой же способ установления наказания за склонение к самоубийству с дифференциацией лишь категории убийства.

Что касается непосредственно запрета призывов к убийству, не связанному с национальной, расовой, религиозной или иной ненавистью, то соответствующие нормы также присутствуют в законодательстве США, хотя и в меньшем объеме. По ст. 8 уголовного закона Иллинойса «лицо считается совершившим преступление, связанное с убийством, если умышленно подстрекает или приглашает к совершению убийства первой степени»²¹. Тем самым убийство выделяется из всех других преступлений, на совершение которых может быть произведен сговор, подстрекательство, пособничество и иные подобные действия. Близкое по содержанию положение содержится в ст. 750.157b уголовного закона Мичигана²².

Похожим образом установлена уголовная ответственность в законодательстве Великобритании. Согласно действующему до сих пор Акту о преступлениях против личности 1861 года (*Offences Against the Person Act 1861*), наказуемым признаются известные российскому уголовному законодательству действия: сговор, согласие, убеждение или предложение совершить убийство другого лица²³. Однако среди названных действий содержатся также поощрение или ободрение в совершении убийства, являющиеся самостоятельными формами совершения преступления.

Таким образом, необходимо дополнить диспозицию ч. 1 ст. 110.2 УК РФ, установив уголовную ответственность за побуждение к совершению убийства путем распространения информации о способах совершения убийства, а равно призывов к совершению убийства. Квалифицированный состав (а также

¹⁹ Alaska Statutes Title 11. Criminal Law. Available at: <http://codes.findlaw.com/ak/title-11-criminal-law/#tid=NA5B609204D1711DDB409AB1D1ED27E00> (дата обращения: 25.01.2018)

²⁰ Title 13. Criminal Code. Arizona Revised Statutes. Available at: <https://www.azleg.gov/viewdocument/?docName=https://www.azleg.gov/ars/13/01103.htm> (дата обращения: 25.01.2018)

²¹ Illinois Criminal Code of 2012. Available at: <https://law.justia.com/codes/illinois/2012/chapter-720/act-720-ilcs-5/title-iii/> (дата обращения: 26.01.2018)

²² Michigan Penal Code. Available at: [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(bc3qhr24ybtm-mljkwppqdb-qyx\)\)/mileg.aspx?page=getObject&objectname=mcl-act-328-of-1931](http://www.legislature.mi.gov/(S(bc3qhr24ybtm-mljkwppqdb-qyx))/mileg.aspx?page=getObject&objectname=mcl-act-328-of-1931) (дата обращения: 26.01.2018)

²³ Offences Against the Person Act 1861. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/contents> (дата обращения: 26.01.2018)

примечание) в корректировании, на наш взгляд, не нуждаются. Предлагаемая редакция статьи охватит общественно опасные деяния, не подпадающие в настоящий момент под признаки какого-либо состава преступления, но совершаемые в действительности. Вместе с тем расширение диспозиции статьи может повлечь возникновение нежелательных квалификационных проблем и иных спорных ситуаций, предусмотреть решение которых следует заранее.

Так, например, возможна конкуренция предлагаемого состава и состава, предусмотренного ст. 150 УК РФ «Вовлечение несовершеннолетнего в совершение преступления». Тем не менее, несмотря на кажущееся сходство, в действительности различий гораздо больше. Во-первых, предусмотренные данными статьями деяния посягают на разные объекты — жизнь другого человека и, соответственно, отношения, охраняющие нормальное физическое и психическое развитие несовершеннолетнего. Во-вторых, преступление, предусмотренное ст. 150 УК РФ, направлено на вовлечение в преступление несовершеннолетнего, тогда как побуждение к совершению убийства направлено и на лиц, достигших совершеннолетия. Это имеет и определенные преимущества, связанные, например, с исключением необходимости доказывания осведомленности виновного о возрасте лица, которое побуждалось к совершению убийства или самоубийства. В-третьих, присутствует существенное отличие и в объективной стороне. Как отмечает В.Н. Жадан, содержание понятия «вовлечение» характеризуют активные действия, направленные на то, чтобы другое лицо совместно с вовлекающим либо самостоятельно участвовало в совершении преступления²⁴. В свою очередь, предлагаемая редакция охватывает действия, направленные не на отдельную личность, а на возбуждение желания убийства у неопределенного круга лиц. Отметим также, что ответственность должна наступать не за реализацию отдельных действий, а за их организацию в целом, например, создание группы в социальной сети, доступ к которой есть у значительного числа граждан. Если организатор такой группы, выделив одного из ее несовершеннолетних участников, решает вовлечь в преступление конкретно его (путем личной переписки, общения и т.д.), то это деяние следует квалифицировать уже по ст. 150 УК РФ. Наконец, в-четвертых, субъектом организации деятельности, направленной на побуждение к совершению самоубийства или убийства, может выступать лицо, достигшее 16-ти, а не 18-ти лет.

В связи с введением в УК РФ новой статьи, устанавливающей ответственность за вовлечение несовершеннолетнего в совершение действий, представляющих опасность для его жизни, следует уделить внимание и возможной конкуренции с данным составом. Полагаем, что при возникновении

²⁴ Жадан В.Н. О квалификации вовлечения несовершеннолетнего в совершение преступления // Мониторинг правоприменения. 2016. № 2. С. 42.

квалификационных проблем, отграничение следует проводить в основном по указанным выше признакам, учитывая сходство конструкции составов, предусмотренных ст. 150 и 151.2 УК РФ. В дополнение следует указать также отличие в деятельности, которую лицо, как предполагается в статьях, должно совершить в результате влияния виновного. Так, предлагаемая редакция ст. 110.2 УК РФ приводит к совершению самоубийства или убийства. В свою очередь, преступление, предусмотренное ст. 151.2 УК РФ, влечет совершение несовершеннолетним противоправных действий, опасных его жизни, а не жизни иных лиц.

Возникновение квалификационных проблем возможно при пересечении предлагаемой редакции ст. 110.2 УК РФ с институтом соучастия, поскольку такие действия, как уговоры или подкуп, направленные на совершение преступления, можно отнести к подстрекательству, а советы и предоставление информации — к пособничеству.

При анализе признаков соучастия, имеющих значение для настоящего исследования, необходимо отметить, что учеными, в частности, М.А. Саблиной, выделяются такие признаки подстрекательства, как умысел, адресность и направленность на вовлечение в совершение преступления²⁵. При организации деятельности, направленной на побуждение к совершению убийства, адресность, на наш взгляд отсутствует. Кроме того, объективную сторону составляют не сами призывы, а организация таких призывов.

Схожие черты присутствуют и с таким видом соучастия, как пособничество. В особенности с интеллектуальным пособничеством — видом, выделяемым в доктрине уголовного права. В то же время, как отмечает А.С. Дрепелев, пособник должен предпринять действия, составляющие действительное содействие преступлению. Кроме того, к таким действиям нельзя отнести незначительную помощь или невостребованные услуги пособника²⁶. Наконец, подчеркнем еще раз, что объективную сторону преступления, предусмотренного предлагаемой редакцией ст. 110.2 УК РФ составляют не сами способы, совпадающие с пособничеством, а организация деятельности, включающей, помимо прочего, и такие способы.

При рассмотрении предлагаемых для внесения в ст. 110.2 УК РФ изменений следует рассмотреть и такой вопрос — возможно ли соответствующее расширение сферы действия действующей редакции ст. 110.1 УК РФ? На наш взгляд, ответ будет скорее отрицательным. Фактически, если включить убийство как результат описанных в диспозиции действий, то будет обра-

²⁵ Саблина М.А. Подстрекательство: терминологический и квалификационный аспекты // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 129.

²⁶ Дрепелев А.С. О признаке существенности в определении понятия пособника преступлению // Вестник Рыбинской государственной авиационной технологической академии им. П.А. Соловьева. 2015. № 1. С. 224.

зовано довольно неоднозначное явление. Так, ч. 1 ст. 110.1 в таком случае будет предусматривать ответственность за склонение к совершению убийства с помощью уговоров, обмана и другими способами. Иначе говоря, будет иметь место частный вид подстрекательства к совершению отдельного преступления, что в свою очередь нецелесообразно. Кроме того, ч. 2 ст. 110.1 в случае исследуемого расширения ее действия будет регулировать уголовную ответственность за содействие совершению убийства советами, сообщением информации и иными способами. Другими словами, образуется уже частный вид пособничества, что опять же едва ли оправдано.

Впрочем в уголовном законодательстве такие меры не являются новыми. Подстрекательство в качестве самостоятельного преступления предусмотрено в ст. 184, 205.1, 212, 282.1, 361 и др. в виде конструкции «...склонение, вербовка или иное вовлечение...». Речь идет именно о подстрекательстве к совершению преступления, тогда как в ряде других норм предусмотрено также склонение к другим деяниям. В свою очередь, пособничество в качестве самостоятельного преступления также предусмотрено действующим уголовным законодательством, в частности, в ст. 204.1 и 291.1, связанных с посредничеством в коммерческом подкупе и взяточничестве, и ст. 205.1 в виде конструкции «пособничество в совершении...».

Следует обратить внимание на то, что выделение разновидностей подстрекательства и пособничества в качестве самостоятельных преступлений произошло не с принятием действующего УК РФ, а значительно позднее, при внесении в него изменений. Более того, ряд ученых отмечал недостатки таких норм и их негативное влияние на систему уголовного закона, практику его применения и в том числе — на теорию уголовного права²⁷.

Однако на этот счет есть и иное мнение, подкрепленное аргументами, которые нельзя не принять во внимание. Так, Т.Н. Нуркаева отмечает, что хотя общепринятому пониманию пособничества не идет на пользу дополнительное раскрытие содержания в примечании к ст. 205.1 УК РФ, все же отдельные действия, связанные с финансированием, заслуживают выделения в качестве самостоятельных преступлений²⁸. По мнению А.А. Докуева, положения о подстрекательстве и пособничестве, изложенные в нормах общей части УК РФ, не могут заменить состава содействия террористической деятельности в силу своего более узкого содержания, а включение ст. 205.1

²⁷ См., напр.: Агапов П.В., Михайлов К.В. Уголовная ответственность за содействие террористической деятельности: тенденции современной уголовной политики. Саратов: Саратовский юрид. институт, 2007. 144 с.; Парог А.И. Приоритеты российской уголовно-правовой политики / Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы XII Международной конференции (2015 г.). М.: РГ-Пресс, 2015. С. 13–17.

²⁸ Нуркаева Т.Н. О проблемах применения некоторых составов преступлений, связанных с осуществлением террористической деятельности // Вестник ВЭГУ. 2016. № 5. С. 73–80.

в уголовное законодательство позволяет как расширить арсенал борьбы с терроризмом, так и эффективнее регулировать меры реагирования на такие случаи даже при отсутствии признаков соучастия²⁹.

Но если с указанными доводами можно согласиться, учитывая характер и особенности террористической деятельности (в том числе вопросы ее финансирования), то относительно проблемы противодействия побуждению к совершению убийств применение такой меры вряд ли будет целесообразным. Склонение к совершению убийств, а равно содействие их совершению должным образом охватывается действующими нормами общей части УК РФ, регулирующими такие виды соучастия, как подстрекательство и пособничество. Таким образом, расширение сферы действия ст. 110.1 УК РФ не принесет ничего нового, а будет всего лишь дублировать существующие положения, что не только никак не скажется на борьбе с пропагандой убийств, а, напротив, затруднит работу правоприменителя.

Исследование позволило сформулировать следующие основные выводы.

Действующие редакции статей УК РФ, предусматривающие уголовную ответственность за действия, связанные с пропагандой самоубийств, нуждаются в дальнейшем совершенствовании. Статьи 110 и 110.1 УК РФ обладают значительным сходством, и, совершая предусмотренные в них деяния, виновное лицо стремится к одному и тому же результату. Стремление оптимизировать законодательство с учетом вышесказанного, обеспечить правильную концентрированность изложения правовой информации и должную емкость уголовно-правовых предписаний, облегчить работу правоприменителя позволило сделать вывод о возможном объединении статей в следующей редакции (за исключением санкций):

«Статья 110. Доведение до самоубийства

1. Доведение лица до самоубийства или до покушения на самоубийство, а равно содействие совершению самоубийства советами, указаниями, предоставлением информации, средств или орудий совершения самоубийства либо устранением препятствий к его совершению или обещанием скрыть средства или орудия совершения самоубийства...

2. Те же деяния, совершенные:

а) в отношении несовершеннолетнего или лица, заведомо для виновного находящегося в беспомощном состоянии либо в материальной или иной зависимости от виновного;

²⁹ Докуев А.А. Соотношение уголовно-правовой нормы об ответственности за содействие террористической деятельности (ст. 205.1 УК РФ) и норм о соучастии в преступлениях террористического характера // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2015. № 4. С. 102–113.

- б) в отношении женщины, заведомо для виновного находящейся в состоянии беременности;
- в) в отношении двух или более лиц;
- г) группой лиц по предварительному сговору или организованной группой;
- д) в публичном выступлении, публично демонстрируемом произведении, средствах массовой информации или информационно-телекоммуникационных сетях (включая Интернет)...».

В связи с изменением содержания пропаганды девиантного насильственного поведения в социальных сетях и иных средствах обмена информацией, получающей все большее распространение в условиях информатизации общества, необходимо, на наш взгляд, расширение сферы действия ст. 110.2 УК РФ путем установления уголовной ответственности за побуждение к совершению убийства посредством распространения информации о способах убийства, а равно призывов к его совершению. Предлагаемая редакция статьи будет охватывать общественно опасные деяния, не подпадающие в настоящий момент под признаки какого-либо состава преступления, но имеющие место в действительности. Дополненная редакция ст. 110.2 УК РФ может выглядеть следующим образом (за исключением санкций):

«Статья 110.2. Организация деятельности, направленной на побуждение к совершению самоубийства или убийства

Организация деятельности, направленной на побуждение к совершению самоубийства или убийства путем распространения информации о способах совершения самоубийства или убийства, а равно призывов к совершению самоубийства или убийства...

То же деяние, сопряженное с публичным выступлением, использованием публично демонстрируемого произведения, средств массовой информации или информационно-телекоммуникационных сетей (включая Интернет)...».

Предлагаемые в исследовании законодательные изменения носят рекомендательный характер, и при их внесении в УК РФ, возможно, они потребуют дальнейшей оптимизации с учетом конкуренции норм и результатов судебной практики. Тем не менее мы считаем, что данное исследование позволяет посмотреть на законодательство с другой стороны, а также обращает внимание на проблемы, решение которых необходимо тем или иным путем. Результаты могут быть восприняты как доктриной уголовного права, так и законотворческой деятельностью.



Библиография

Агапов П.В., Михайлов К.В. Уголовная ответственность за содействие террористической деятельности: тенденции современной уголовной политики. Саратов: Саратовский юрид. институт, 2007. 144 с.

Агафонов А.В. Уголовная ответственность за доведение до самоубийства. М.: Юр-литинформ, 2012. 208 с.

Артюшина О.В. Новеллы УК РФ о противодействии деятельности, направленной на побуждение несовершеннолетних к суицидальному поведению // Вестник Казанского юридического института МВД России. 2017. № 3. С. 85–92.

Докуев А.А. Соотношение уголовно-правовой нормы об ответственности за содействие террористической деятельности (ст. 205.1 УК РФ) и норм о соучастии в преступлениях террористического характера // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2015. № 4. С. 102–113.

Дрепелев А.С. О признаке существенности в определении понятия пособника преступлению // Вестник Рыбинской государственной авиационной технологической академии им. П.А. Соловьева. 2015. № 1. С. 224–229.

Жадан В.Н. О квалификации вовлечения несовершеннолетнего в совершение преступления // Мониторинг правоприменения. 2016. № 2. С. 42–48.

Нуркаева Т.Н. О проблемах применения некоторых составов преступлений, связанных с осуществлением террористической деятельности // Вестник ВЭГУ. 2016. № 5. С. 73–80.

Рарог А.И. Приоритеты российской уголовно-правовой политики / Уголовное право: стратегия развития в XXI веке. Материалы XII Международной конференции (2015 г.). М.: РГ-Пресс, 2015. С. 13–17.

Саблина М.А. Подстрекательство: терминологический и квалификационный аспекты // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 129–139.

Andreissen K. Do We Need to be Cautious in Evaluating Suicide Statistics? *European Journal of Public Health*, 2006, no 4, pp. 445–447.

Bailey C. et al. School Crime Policy Changes: the Impact of Recent Highly Publicized School Crimes // *American Journal of Criminal Justice*, 2002, no 2, pp. 269–285.

Hawdon J., Oksanen A., Rasanen P. Glamorizing Rampage Online: School Shooting Fan Communities on YouTube. *Technology in Society*, 2014, no 39, pp. 55–67.

Kyppö J., Semenov A., Veijalainen J. Analyzing Presence of School-Shooting Related Communities at Social Media Sites. *International Journal of Multimedia Intelligence and Security*, 2010, no 3, pp. 232–268.

Nedzel N. Concealed Carry: The Only Way to Discourage Mass School Shootings. *Academic Questions*. 2014. Vol. 27. No 4. P. 429–435.

Sumiala J., Tikka M. Imagining Globalized Fears: School Shooting Videos and Circulation of Violence on You Tube // *Social Anthropology*, 2011, no 3, pp. 254–267.

Legal Issues of Counteractions to Encouraging Murders and Suicides



Vladimir Krukovskiy

Head, Criminal Law, Criminal Procedure Law and National Security Department, Vyatka State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 36 Moskovskaya Str., Kirov 610000, Russian Federation. E-mail: krukovsky@vyatsu.ru



Ilya Mosechkin

Associate Professor, Criminal Procedure Law and National Security Department, Vyatka State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 36 Moskovskaya Str., Kirov 610000, Russian Federation. E-mail: Weretowelie@gmail.com



Abstract

The article is devoted to researching criminal legal problems of regulation of responsibility for declining and assisting in committing suicides as well as for organizing activities related to the propaganda of murders and suicides. New articles of the Criminal Code need in improvement. Besides, outside the legal framework there remains the organization of activities aimed at encouraging the commission of the murder. The urgency of the issues is due to the fact that, according to statistical information and research, the number of suicides remains at a high level, and qualitative indicators changing towards increasing the number of victims among minors. The number of “motiveless” acts of aggression is growing, including at social infrastructure facilities provoked not without the participation of communities of social networks and channels of messengers of violent subjects. For the purpose of the study, the authors focused on the development of recommendations for improving criminal legislation taking into account the recent changes made to it in the fight against inducement and the promotion of suicide, as well as the great role of social networks and messengers in people’s lives. During the research, the methodological basis was the dialectical method of cognition because it allowed evaluating the subject of research in connection with the norms of criminal law and social phenomena. Such scholar methods, as comparative legal, normative dogmatic method and content analysis were applied with the help of which it became possible to analyze social phenomena in the context of their legal regulation. The article analyzes the provisions of criminal law doctrine regarding the problems of countering the external influence on committing suicide and murder. The study of forensic investigation allowed us to identify modern qualitative changes of such influence. In the course of the study, the authors concluded that it is possible to combine articles 110 and 110.1 of the Criminal Code of the Russian Federation because they contain significant similarities, and the perpetrator in the course of their execution tends to the same result. The authors also proposed a version of the expanded version of article 110.2 of the Criminal Code, covering the organization of activities aimed at encouraging not only suicide, but also murders.



Keywords

suicide; murder; incitement; inducing; facilitating; organizing activities; encouragement.

Citation: Krukovskiy V.E., Mosechkin I.N. (2018) Legal Actions Against Encouraging of Commission of Murders and Suicides. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 196–215 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.196.215



References

Agafonov A.V. (2012) *Ugolovnaya otvetstvennost' za dovedeniye do samoubiystva* [Criminal Responsibility for Bringing to Suicide]. Moscow: Yurlitinform, 208 p. (in Russian)

Agapov P.V., Mikhaylov K.V. (2007) *Ugolovnaya otvetstvennost' za sodeystviye terroristicheskoy deyatelnosti: tendentsii sovremennoy ugolovnoy politiki*: [Criminal Responsibility for the Promotion of Terrorist Activities: Trends in Modern Criminal Policy]. Saratov: Saratovskiy yuridicheskiy institute, 144 p. (in Russian)

- Andreissen K. (2006) Do We Need to be Cautious in Evaluating Suicide Statistics? *European Journal of Public Health*, no. 4, pp. 445–447.
- Artiyshina O.V. (2017) Novelly UK RF o protivodeystvii deyatel'nosti, napravlennoy na pobuzhdeniye nesovershennoletnikh k suitsidal'nomu povedeniyu [Novels of the Criminal Code of Russia on counteraction to activity, directed at adolescents to suicidal behavior]. *Vestnik Kazanskogo yuridicheskogo instituta MVD Rossii*, no 3, pp. 85–92.
- Bailey C., Capona A., Mebane D., Snell C. (2002) School Crime Policy Changes: The Impact of Recent Highly Publicized School Crimes. *American Journal of Criminal Justice*, no 2, pp. 269–285.
- Dokuyev A.A. (2015) Sootnosheniye ugovovno-pravovoy normy ob otvetstvennosti za sodeystviye terroristicheskoy deyatel'nosti i norm o souchastii v prestupleniyakh terroristicheskogo kharaktera [Correlation of Criminal Law on The Responsibility for Help to Terrorism and Rules of Complicity in the Terrorist Crimes]. *Vestnik Akademii General'noy prokuratury Rossiyskoy Federatsii*, no 4, pp. 102–113.
- Drepelev A.S. (2015) O priznake sushchestvennosti v opredelenii ponyatiya posobnika prestupleniyu [Signpost of Materiality in a Helper to a Crime Definition]. *Vestnik Rybinskoy gosudarstvennoy aviatsionnoy tekhnologicheskoy akademii*, no 1, pp. 224–229.
- Hawdon J., Oksanen A., Rasanen P. (2014) Glamorizing Rampage Online: School Shooting Fan Communities on YouTube. *Technology in Society*, no 39, pp. 55–67.
- Kyppö J., Semenov A., Veijalainen J. (2010) Analyzing Presence of School-Shooting Related Communities at Social Media Sites. *International Journal of Multimedia Intelligence and Security*, vol. 1, no 3, pp. 232–268.
- Nedzel N. (2014) Concealed Carry: The Only Way to Discourage Mass School Shootings. *Academic Questions*, no 4, pp. 429–435.
- Nurkayeva T.N. (2016) O problemakh primeneniya nekotorykh sostavov prestupleniy, svyazannykh s osushchestvleniyem terroristicheskoy deyatel'nosti [Application of Some Offenses relating to Terrorism]. *Vestnik VEGU*, no 5, pp. 73–80.
- Rarog A.I. (2015) Prioritety rossiyskoy ugovovno-pravovoy politiki [Priorities of the Russian Criminal Policy]. *Ugovovnoye pravo: strategiya razvitiya v XXI veke. Materialy mezhdunarodnoy konferentsii* [Criminal Law Development in the XXI century. Papers of international conference]. Moscow: RG Press, pp. 13–17.
- Sablina M.A. (2016) Podstrekatel'stvo: terminologicheskii i kvalifikatsionnyy aspekty [Incitement: Terminology and Qualification Aspects]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 129–139.
- Sumiala J., Tikka M. (2011) Imagining Globalized Fears: School Shooting Videos and Circulation of Violence On YouTube. *Social Anthropology*, no 3, pp. 254–267.
- Zhadan V.N. (2016) O kvalifikatsii вовлечениа nesovershennoletnego v soversheniye prestupleniya [Qualification of Engaging a Minor in Committing an Offence]. *Monitoring pravoprimeneniya*, no 2, pp. 42–48.

Правовое положение осужденных к лишению свободы при их принудительном питании

 **А.П. Скиба**

доцент, начальник кафедры уголовно-исполнительного права Академии Федеральной службы исполнения наказаний России, доктор юридических наук. Адрес: 390000, Российская Федерация, Рязань, ул. Сенная, 1. E-mail: apskiba@mail.ru

 **А.В. Родионов**

профессор кафедры экономики и менеджмента Академии Федеральной службы исполнения наказаний России, доктор экономических наук. Адрес: 390000, Российская Федерация, Рязань, ул. Сенная, 1. E-mail: avrpost@bk.ru

 **Аннотация**

Хотя принудительное питание осужденных к лишению свободы является одной из форм взаимодействия администрации исправительных учреждений и самих осужденных, общественные отношения, складывающиеся в связи с этим, теоретически слабо изучены, и их регулирование имеет многочисленные недостатки (неясно, что представляет само по себе принудительное питание осужденных, не закреплена форма отказа осужденных от приема пищи, отсутствует надлежащее законодательное регулирование правового положения осужденных и соответствующих должностных лиц исправительного учреждения и т.п.). Фактически законодательной основой принудительного питания осужденных является лишь ч. 4 ст. 101 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации, в которой к основаниям применения принудительного питания можно отнести отказ осужденного от приема пищи и возникновение угрозы его жизни, а к условиям его назначения — медицинские показания. В связи с недостатками их регулирования в Уголовно-исполнительном кодексе и иных нормативных правовых актах администрация исправительного учреждения не всегда имеет возможность адекватно реагировать на подобные действия осужденных. В статье принудительное питание осужденных рассмотрено с теоретической точки зрения с предложением отнести его к группе «мер безопасности». В ст. 42 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» уже закреплены меры, принимаемые к содержащимся лицам при отказе от приема пищи. С учетом анализа данной нормы Закона авторами сформулирован ряд всесторонних правовых и практических мер по совершенствованию принудительного питания осужденных к лишению свободы в контексте достижения исправления и предупреждения совершения ими новых преступлений как целей уголовно-исполнительного законодательства. Так, авторами уточнен перечень субъектов, его реализующих; предлагается одновременно улучшить регулирование правового положения как осужденных, так и субъектов его применения; рекомендуется разделить его на четыре этапа, каждый из которых будет иметь границы и определенную область правоотношений; предлагается улучшить взыскание с осужденного расходов, связанных с его отказом от приема пищи; и пр.



Ключевые слова

принудительное питание осужденных, меры дисциплинарного воздействия, пенитенциарная медицина, средства исправления, права человека, меры медицинского характера, цели уголовно-исполнительного законодательства.

Библиографическое описание: Скиба А.В., Родионов А.П. Правовое положение осужденных к лишению свободы при их принудительном питании // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. №4. С. 216–234.

JEL: K 14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4. 216.234

Принудительное питание осужденных к лишению свободы — это одна из форм взаимодействия администрации исправительных учреждений и самих осужденных. Однако современное регулирование их принудительного питания имеет ряд недостатков — в Уголовно-исполнительном кодексе Российской Федерации (далее — УИК РФ) оно указано лишь в ч. 4 ст. 101. В Правилах внутреннего распорядка исправительных учреждений (утв. Приказом Минюста от 16.12.2016 № 295) и Правилах внутреннего распорядка воспитательных колоний уголовно-исполнительной системы (утв. Приказом Минюста от 6.10.2006 № 311) такое регулирование отсутствует. Между тем в юридической литературе предпринимаются попытки детально описать последовательность действий различных сотрудников исправительных учреждений при отказе осужденного в приеме пищи и применении к нему принудительного питания¹.

Согласно положениям ч. 4 ст. 101 УИК РФ, к основаниям применения принудительного питания можно отнести, во-первых, отказ осужденного от приема пищи и, во-вторых, возникновение угрозы его жизни, а к условиям его назначения — медицинские показания. Однако такое регулирование

¹ См.: Павленко А.А. К вопросу о содержании алгоритма действий медицинских работников исправительных учреждений в юридически значимых для осужденных ситуациях // Человек: преступление и наказание. 2015. № 1. С. 92–97; Он же. Совершенствование медицинского обеспечения заключенных в свете правил Нельсона Манделы // Уголовно-исполнительное право. 2017. № 4. С. 469–476; Сорокин М.В., Сорокина О.Е. Обеспечение безопасности при организации принудительного кормления лиц отказывающихся от приема пищи в исправительном учреждении // Политика, государство и право. 2015. № 11. С. 3–7; Горбань Д.В. История института принудительного питания осужденных и практики его применения: проблемы и перспективы // Юрист юга России и Закавказья. 2017. № 1. С. 41–45; Ким В.В. Основания и условия принудительного питания осужденных к лишению свободы // Вестник Кузбасского института. 2018. № 3. С. 28–35; Белова Е.Ю. Организационно-правовые основы деятельности исправительных учреждений, связанные с принудительным питанием спецконтингента, с учетом международных стандартов // Юридическая мысль. 2017. № 6. С. 63–67; Новиков Е.Е. О некоторых особенностях правового положения осужденных, в отношении которых применяется принудительное питание // Вестник Самарского юридического института. 2018. № 2. С. 79–87.

принудительного питания осужденных к лишению свободы является недостаточным, образуя многие «белые пятна». Рассмотрим некоторые из них:

Ч. 4 ст. 101 УИК РФ не определяет, что такое принудительное питание осужденных: его принудительное кормление определенными продуктами питания или питательной смесью либо соответствующую сугубо медицинскую процедуру введения лекарств в его организм?

В законе не разъясняется, занимаются ли принудительным питанием осужденных к лишению свободы исключительно медицинские сотрудники исправительных учреждений либо к этому процессу привлекаются иные должностные лица из других подразделений учреждения? Между тем очевидно, что речь должна идти о комплексе оперативных, режимных, воспитательных и иных мер, и само по себе принудительное кормление осужденных — лишь один из завершающих этапов его реализации. В связи с этим логично было бы на законодательном уровне наиболее полно закрепить весь вышеуказанный комплекс мер.

В УИК РФ не закреплено правовое положение сотрудников уголовно-исполнительной системы из медсанчасти, оперативного отдела, отдела безопасности, воспитательного отдела и т.д. Кроме того, непосредственное отношение к реализации принудительного питания осужденных имеют и иные лица: начальник исправительного учреждения и его заместители, прокурор по надзору за соблюдением законов в исправительных учреждениях, сотрудники вышестоящих органов уголовно-исполнительной системы.

Помимо вышеуказанного, в УИК РФ не определена форма отказа осужденного от приема пищи, являющаяся основанием для применения к нему принудительного питания. Между тем формы отказа могут быть разнообразными: подача осужденным на имя начальника исправительного учреждения заявления, свидетельствующего об осознанном желании объявить голодовку; публичный отказ осужденного выходить в столовую для приема пищи; негласное уклонение от приема пищи из-за имеющегося у осужденного психического расстройства, являющегося причиной подобного неадекватного поведения; иная форма отказа осужденного от приема пищи.

При этом законодательно не закреплен механизм подтверждения наступления оснований принудительного питания осужденного, определенных в ч. 4 ст. 101 УИК РФ. При угрозе жизни осужденного логично составление соответствующих медицинских документов (особенно с учетом того, что медицинские показания — условие принудительного питания). Однако из законодательных положений все же непонятно, каким образом будет регистрироваться факт отказа или уклонения от приема пищи.

Кроме того, рассматривая основания применения принудительного питания осужденного, видно, что отказ от приема пищи и/или появление угро-

зы жизни — различные обстоятельства, не всегда коррелирующие между собой. Обычно на после отказа осужденного от приема пищи (например, составления соответствующего заявления) спустя определенный период времени может появиться угроза его жизни, требующая применения принудительного питания. В то же время опасность жизни осужденного может стать следствием не только его осознанной голодовки, но и наличия у него соматических заболеваний (поражений печени и почек, желудочно-кишечного тракта и т.д.), затрудняющих прием пищи. В этом случае основанием применения принудительного питания может быть исключительно возникновение угрозы жизни осужденного, а не его отказ от приема пищи как таковой. При этом правовое положение осужденного (преимущественно его права) после наступления хотя бы одного из оснований применения принудительного питания надлежащим образом не урегулировано (как до, так и во время и после применения принудительного питания).

Вышеуказанные и иные недостатки регламентации принудительного питания осужденных к лишению свободы снижают воздействие администрации исправительного учреждения на лиц, отказавшихся от приема пищи. Более того, в юридической литературе до сих пор не ясна роль принудительного питания осужденных в контексте их исправления и предупреждения совершения новых преступлений (т.е. достижения целей уголовно-исполнительного законодательства по ч. 1 ст. 1 УИК РФ), не определены субъекты его применения, критерии эффективности и пр.

Теоретики и практики разумеется вправе по аналогии обращаться к ст. 42 Федерального закона от 15.07.1995 № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» (далее — ФЗ о содержании под стражей), посвященной мерам, принимаемым к указанным лицам при их отказе от приема пищи. В данной норме некоторые из обозначенных проблем частично имеют разрешение. Между тем ФЗ о содержании под стражей не имеет прямого отношения к уголовно-исполнительному законодательству и регулирует иные правоотношения, нежели УИК РФ. В частности, в ст. 42 Закона закреплены некоторые обязанности отдельных субъектов применения принудительного питания (обязанность начальника места содержания под стражей или его заместителя установить причины неприятия пищи; обязательность указанных должностных лиц информировать о данном факте лицо или орган, в производстве которых находится уголовное дело, а также надзирающего прокурора; их обязанность «по возможности» (это законодательное положение!) отдельного содержания лица, отказавшегося от приема пищи, от других лиц; необходимость нахождения такого лица под наблюдением медицинского работника; обязательность применения мер, в том числе мер принудительного характера по поддер-

жанию здоровья данного лица с учетом письменного заключения врача и в присутствии сотрудника медсанчасти и пр. Наличие ст. 42 ФЗ о содержании под стражей свидетельствует, что имеется неиспользованный потенциал законодательного регулирования в УИК РФ принудительного питания осужденных к лишению свободы.

Значимость принудительного питания осужденных к лишению свободы велика — оно направлено в целом на обеспечение охраны здоровья осужденных, имеющей конституционное закрепление (ст. 41 Конституции России) и относящейся к их основным правам в соответствии со ст. 12 УИК РФ. Правовое положение осужденных обычно характеризуется наличием определенного перечня прав, законных интересов и обязанностей. Вероятно, наличие у осужденного заболевания должно соответствующим образом отражаться на его правовом положении. Фактически при применении принудительного питания осужденный приобретает статус «больного», так как эта процедура направлена на улучшение состояния его здоровья, проходит под контролем врачей и пр.

Однако до сих пор вид заболевания и другие индивидуальные характеристики осужденных при определении их правового положения в УИК РФ и ведомственных актах не всегда надлежаще учитываются. Так, в ч. 3 ст. 18 УИК РФ говорится, что к осужденным, больным алкоголизмом, наркоманией, токсикоманией, ВИЧ-инфицированным осужденным, а также осужденным, больным открытой формой туберкулеза или не прошедшим полного курса лечения венерического заболевания, учреждением по решению медицинской комиссии применяется обязательное лечение. Получается, что соматические и психические заболевания фактически приравниваются друг к другу.

Кроме того, алкоголизм и наркомания, являющиеся психическими расстройствами, непосредственно влияющими на поведение лица (обычно негативно, что приводит к совершению им преступлений и иных правонарушений), «приравнены» к соматическим заболеваниям. Подобное законодательное положение вряд ли можно считать обоснованным. Более того, в Концепции развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 года (утв. Распоряжением Правительства России от 23.12.2016 № 2808-р) осужденные, имеющие психические аномалии (включая алкогольную или наркотическую зависимость) объединены в группу, требующую профильной психотерапевтической и психологической помощи.

При этом по ч. 1 ст. 18 УИК РФ к осужденным к принудительным работам, аресту, лишению свободы, страдающим психическими расстройствами, не исключаяющими вменяемости, учреждениями, исполняющими указанные виды наказаний, по решению суда применяются принудительные меры медицинского характера. В этом случае получается, что различные психиче-

ские заболевания в ч. 1 и 3 ст. 18 УИК РФ «разделены» как основания применения, соответственно, принудительных мер медицинского характера и обязательного лечения.

С теоретической точки зрения, возможно, принудительное питание осужденных следует отнести к группе так называемых мер безопасности², применение которых в целом направлено на предупреждение преступлений и иных правонарушений (хотя за рубежом наблюдается более разнообразное понимание целей применения мер безопасности³). Однако в уголовно-исполнительном законодательстве применение профилактических мер регулируется вскользь, хотя в ч. 1 ст. 1 УИК РФ закреплены цели уголовно-исполнительного законодательства: 1) исправление осужденных и 2) предупреждение совершения новых преступлений как осужденными, так и иными лицами. Фактически принудительные меры медицинского характера, обязательное лечение и принудительное питание являются средствами воздействия на осужденных, законодательно (по ст. 9 УИК РФ) не относящимися к основным средствам исправления. Более того, в законе прямо не говорится и об их использовании в контексте предупреждения преступлений.

В соответствии с пп. 21, 29 и др. Правил внутреннего распорядка исправительных учреждений распорядок дня в исправительном учреждении включает в себя, помимо прочего, время приема пищи, а сам прием пищи осужденными производится поотрядно. В этом случае отказ от приема пищи можно в определенных ситуациях считать нарушением распорядка дня, требующим дисциплинарного реагирования администрации исправительного учреждения.

Поскольку отказ от приема пищи осужденным, не имеющим тяжелых психических расстройств, обычно осуществляется с пониманием его последствий для организма, можно утверждать, что применение принудительного питания направлено на предупреждение дальнейшего членовредительства и иных правонарушающих деяний, связанных с опасностью для него самого (как и осуществление принудительных мер медицинского характера в соответствии с ч. 2 ст. 18 УИК РФ). Наличие условной цели применения принудительного питания — «улучшение состояния здоровья осужденного и предупреждение правонарушающего поведения» — также сближает его с принудительными мерами медицинского характера и обязательным лечением.

² См.: Шедрин Н.В. Меры безопасности как средство предупреждения преступности: дис. ... д. ю. н. Красноярск, 2001; Келина С.Г. Наказание и иные меры уголовно-правового характера // Государство и право. 2007. № 6. С. 51–58; Schedrin N. V. Concept, kinds and limits of security measures // Журнал Сибирского федерального университета. Серия: Гуманитарные науки. 2011. № 1. С. 112–118.

³ См.: Sherman L. Public regulation of private crime prevention // Annals of the American Academy of Political and Social Science. 1995. No 1. P. 102–113; Dingle J. Invisible crime-deterrent systems make for friendly facilities // Facilities Design & Management. 2000. No 2. P. 20–21.

Основные средства, с помощью которых должно достигаться исправление осужденных, сформулированы в ч. 2 ст. 9 УИК РФ. Однако в УИК РФ четко не прописаны меры предупреждения совершения преступлений и не закреплена перечень потенциальных правонарушителей, в отношении которых эти меры должны применяться. Логично было бы наиболее значимые меры безопасности, ориентированные на предупреждение преступлений (особенно на территории учреждений, исполняющих наказания), четко закрепить в уголовно-исполнительном законодательстве. Между тем законодательное регулирование (особенно уголовно-исполнительное) мер безопасности при исполнении уголовных наказаний недостаточно, что негативно сказывается на эффективности исправления осужденных и предупреждения совершения новых преступлений.

Так, в УИК РФ прямо о мерах безопасности говорится в ст. 86, где к ним отнесено применение физической силы, специальных средств и оружия. Однако основания для их применения не в полной мере соответствуют указанным в гл. 5 Закона от 21.07.1993 № 5473-1 «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы» (далее — Закон об учреждениях и органах). Так, в ч. 1 ст. 86 УИК РФ (в сравнении со ст. 28 Закона об учреждениях и органах) дополнительно указано основание применения к осужденным физической силы, специальных средств и оружия персоналом исправительных учреждений — проявление буйства осужденным, и, наоборот, в Законе об учреждениях и органах имеются следующие основания — состояние необходимой обороны и случаи крайней необходимости (которых нет в УИК РФ). Получается, что даже имеющиеся уголовно-исполнительные нормы, регулирующие применение специальных средств как мер безопасности, требуют корректировки для закрепления единообразного подхода к их реализации.

Принудительность применения мер медицинского характера (объединяющих в ст. 18 УИК РФ принудительные меры медицинского характера и обязательное лечение) в отношении осужденных, имеющих различные заболевания, обусловлена девиантностью их поведения, в том числе аутоагрессией (членовредительством). По меньшей мере, как это следует из ст. 97 УК РФ и 18 УИК РФ, принудительные меры медицинского характера применяются для предупреждения членовредительств как правонарушающего поведения осужденных. При этом членовредительство не относится к числу злостных нарушений установленного порядка отбывания наказания, ввиду чего администрация исправительного учреждения не всегда может адекватным образом реагировать на его совершение.

Поскольку осужденный, не имеющий тяжелых психических расстройств, обычно отказывается от приема пищи, понимая последствия такого отказа

для организма, применение принудительного питания направлено на предупреждение дальнейшего членовредительства и иных правонарушающих деяний, связанных с опасностью для самого себя (как и осуществление принудительных мер медицинского характера в соответствии с ч. 2 ст. 18 УИК РФ). Это также сближает рассматриваемый институт с принудительными мерами медицинского характера и обязательным лечением.

Между тем в отличие от здорового осужденного личность больного изменяется и дополняется особенностями, которые вносит в нее та или иная болезнь (например, личности осужденного, больного алкоголизмом, и ВИЧ-инфицированного осужденного серьезно отличаются). Это накладывает дополнительный отпечаток на взаимоотношения с другими осужденными и администрацией исправительного учреждения. В связи с этим полагаем, что вид заболевания, его течение и иные обстоятельства должны отражаться на правовом положении таких осужденных; применение принудительного питания также должно быть надлежаще законодательно закреплено.

Изначально основы правового положения осужденных заложены в международных документах, а также в Конституции России. При этом в Конституции содержатся конкретные ограничения прав человека (например, ч. 3 ст. 17); фактически ч. 3 ст. 55 позволяет любые права и свободы человека и гражданина ограничивать федеральным законом. Таким законом в отношении осужденных выступает УИК РФ. Основы правового положения осужденных определены в его главе 2. Детализация обязанностей и прав осужденных, а также порядок их реализации устанавливается в других положениях уголовно-исполнительного законодательства.

Между тем полагаем, что перечень прав, законных интересов и обязанностей осужденных должен в большей степени варьироваться в зависимости от их индивидуальных особенностей, а также в целом быть более урегулированным. Например, наличие у осужденного заболевания должно соответствующим образом отражаться на его правовом положении. Несмотря на то, что на основе ст. 101 УИК РФ действуют различные нормативные правовые акты, все равно при стационарной медицинской помощи осужденным к лишению свободы недостаточно урегулированными в законодательстве вопросами остаются: правовое положение лечащегося, правила его поведения, ответственность за нарушения условий лечения и др. Более того, этот перечень должен также учитывать вид заболевания, которое влияет на поведение осужденного и его взаимоотношения с администрацией учреждения или органа, исполняющего наказание.

К сожалению, в том числе из-за недостатков законодательства в учреждениях уголовно-исполнительной системы осужденному фактически «невыгодно» быть здоровым или излечиваться от заболевания, так как оно при-

носит ему «льготы». На практике нередко имеют место «иждивенческая» позиция и демонстративно-шантажное поведение осужденного. Осужденный таким образом воздействует на администрацию исправительного учреждения и на период лечения превращается из «объекта» исправительного воздействия в лицо, подлежащее уходу и лечению. Крайней формой безответственного отношения осужденных к собственному здоровью является членовредительство, преследующее различные цели (уклонение от выполнения режимных, трудовых, воспитательных или иных обязанностей, противодействие администрации исправительного учреждения и т.п.) и противоречащее законодательству.

Ввиду того, что применение к осужденному принудительного питания вызывает дополнительные расходы, связанные с приготовлением ему специальной пищи, оказанием медицинской помощи, возможной транспортировкой в лечебно-профилактическое учреждение и пр., полагаем, что такие расходы следует в обязательном порядке взыскивать с осужденного, отказавшегося от приема пищи. Законодательная основа для этого уже есть — в соответствии с ч. 2 ст. 102 УИК РФ осужденный должен возмещать ущерб, причиненный исправительному учреждению, дополнительные затраты, связанные с пресечением его побега, а также с его лечением при умышленном причинении им вреда его здоровью. Отказ от приема пищи можно считать одной из форм причинения вреда своему здоровью, и это необходимо закрепить в ч. 2 ст. 102 УИК РФ.

Затраченные расходы можно будет взыскивать с самого осужденного в порядке ст. 107 УИК РФ. Это будет еще одним способом воздействия на таких осужденных, имеющих экономический характер. С учетом сказанного целесообразно ч. 1 ст. 116 УИК РФ, в которой дан перечень злостных нарушений установленного порядка отбывания наказаний, дополнить отказом от приема пищи при отсутствии уважительных причин и совершением иных умышленных действий, причиняющих вред своему здоровью.

В настоящее время в Правилах внутреннего распорядка исправительных учреждений о противодействии членовредительству осужденных имеются три положения: 1) осужденным запрещается, помимо прочего, причинять умышленный вред своему здоровью (п. 17); 2) если осужденные переводятся в лечебно-профилактическое учреждение из штрафного изолятора, помещения камерного типа, единого помещения камерного типа, одиночных камер либо со строгого режима в тюрьмах в связи с симуляцией болезни или совершением акта членовредительства, время их нахождения в лечебно-профилактическом учреждении в срок отбывания меры взыскания не засчитывается (п. 136); 3) при переводе осужденных из штрафного изолятора, помещения камерного типа, единого помещения камерного типа, одиночных

камер в лечебно-профилактическое учреждение по причинам, не связанным с симуляцией болезни, срок их нахождения в лечебно-профилактическом учреждении засчитывается в срок отбывания взысканий; при совершении осужденным акта членовредительства он переводится из штрафного изолятора, помещения камерного типа, единого помещения камерного типа, одиночной камеры в лечебно-профилактическое учреждение по медицинскому заключению (п. 169).

Данные положения, безусловно, важны, так как не позволяют осужденным таким образом уклоняться от отбывания соответствующего взыскания. Однако в п. 17 Правил внутреннего распорядка исправительных учреждений не раскрываются способы причинения умышленного вреда своему здоровью; по аналогии со ст. 102 УИК РФ целесообразно здесь указать, что к ним относятся отказы от приема пищи и иные действия.

Способы противодействия отказам осужденных от приема пищи не ограничиваются вышеуказанными мерами. В частности, еще в советское время З.А. Астемиров, описывая опыт социалистических стран (в частности, Польши) говорил, что при совершении членовредительства осужденного суд мог принять решение — не включать время лечения в срок отбывания наказания⁴. Однако обоснованность применения подобной меры, вероятно, следует дополнительно изучить в современных отечественных условиях.

С целью улучшения регулирования принудительного питания целесообразно его разделить на несколько этапов.

Первый этап начинается с составления осужденным заявления об отказе от приема пищи или выявления угрозы его жизни и продолжается до принятия решения о переводе осужденного в одиночную камеру для исключения общения с другими осужденными, недопустимости получения от них пищи и т.п. В ходе этого этапа администрации исправительного учреждения изначально необходимо установить наличие указанных оснований для применения принудительного питания.

В ходе принятия решения об изоляции осужденного администрация исправительного учреждения должна выяснить следующее: 1) отказ осужденного от приема пищи вызван его обоснованными или необоснованными жалобами. В первом случае необходимо принять исчерпывающие меры к удовлетворению законных просьб осужденных для его оставления в отряде; 2) при выявлении угрозы жизни осужденного (даже при отсутствии соответствующего заявления с его стороны) следует выяснить, явилась ли эта ситуация следствием его целенаправленных действий либо особенностей организма (например, наличием соматических болезней или психических

⁴ См.: Астемиров З.А. Исправительно-трудовое (уголовно-исполнительное) право зарубежных социалистических государств. Рязань: РВИШ, 1979. С. 44.

расстройств). Во втором случае необходимо рассмотреть вопрос о переводе осужденного в медсанчасть исправительного учреждения или лечебно-профилактическое учреждение для медицинского воздействия.

При этом сотрудникам исправительного учреждения следует подробно разъяснить осужденному отрицательный характер воздействия отказа от приема пищи на организм и возникающие негативные последствия. В этом случае основными участниками этого этапа (принятия решения о переводе осужденного в одиночную камеру) являются осужденный, начальник учреждения, медработники, сотрудники воспитательного отдела и др.

Второй этап начинается после принятия решения о водворении осужденного в одиночную камеру. На этом этапе в отношении осужденного необходимо проводить весь комплекс медицинских, воспитательных и иных мер. При выявлении обстоятельств, препятствующих нахождению осужденного в одиночной камере, он должен быть переведен обратно в отряд, в медсанчасть исправительного учреждения или лечебно-профилактическое учреждение для оказания в основном медицинского воздействия. Исключения составляют случаи, когда причины объявления голодовки обоснованы, но удовлетворить законные требования таких лиц незамедлительно по объективным причинам невозможно.

В этот период необходимо также провести оперативную проверку с целью углубленного изучения причин отказа осужденного от приема пищи, собрать материал для его последующего привлечения к дисциплинарной ответственности (после окончания принудительного питания или устранения причин изоляции осужденного), доставлять ему пищу три раза в день, постоянно проверять состояние его здоровья, калькулировать расход средств, затраченных на него в связи с отказом от приема пищи, и т.п.

После принятия решения о водворении осужденного в одиночную камеру незамедлительно должен быть извещен прокурор по надзору за соблюдением законов в исправительных учреждениях. По данному факту соответствующий сотрудник прокуратуры также проводит проверку, по результатам которой принимает решение о (не-) обоснованности отказа осужденного от приема пищи.

По нашему мнению, в этот период осужденный не должен освобождаться от выполнения режимных и иных обязанностей, за исключением наличия медицинских противопоказаний. Администрация исправительного учреждения обязана обеспечить в полном объеме соблюдение им всех требований уголовно-исполнительного законодательства, а в случае их неисполнения такие действия осужденного следует считать нарушением с составлением необходимых материалов для его последующего привлечения к дисциплинарной ответственности.

Основными участниками второго этапа (проведения основных проверочных действий) являются, кроме осужденного, прокурор, медработники, сотрудники бухгалтерии, отдела безопасности, оперативного отдела и др.

Третий этап состоит в применении принудительного питания. Это должно осуществляться по решению медицинских работников в случае наступления соответствующих условий (наличия медицинских показаний) при нахождении осужденного, объявившего голодовку, в одиночной камере с признанием его действий необоснованными. В этот период основная роль отводится медицинским работникам, которые должны отслеживать состояние здоровья осужденного, особенно в период его кормления. Кроме того, немаловажную роль могут играть и иные сотрудники исправительного учреждения, которые будут преодолевать возможное сопротивление осужденного. Основными участниками этапа принудительного кормления осужденного являются, кроме осужденного, медработники и сотрудники отдела безопасности.

Четвертый этап заключается в комплексе мер, применяемых к осужденному после проведения принудительного питания, устранения угрозы жизни и наступления возможности его обратного перевода в отряд.

Эти меры должны иметь системный характер: 1) воспитательные, связанные с проведением профилактических бесед, наложением на осужденного мер взыскания; 2) оперативные, заключающиеся в постановке осужденного на соответствующий профилактический учет и проведении в его отношении дополнительных оперативных мероприятий; 3) режимные, состоящие в усилении надзорных, обыскных и иных действий в отношении этого осужденного; 4) финансовые, связанные с взысканием различных расходов с осужденного за его неправомерные действия, связанные с отказом от приема пищи; 5) медицинские, заключающиеся в усиленном контроле за состоянием здоровья данного осужденного; 6) психологические, состоящие во взятии осужденного на особый контроль с точки зрения его психологического состояния.

При реализации всех этапов принудительного питания (при признании причин голодовки необоснованными) осуществление законных интересов осужденного должно быть четко взаимоувязано администрацией исправительного учреждения с его подобным правонарушающим поведением. Применение указанных мер должно повлечь применение к осужденным более строгих мер взыскания и, как следствие, предъявлению дополнительных условий к их условно-досрочному или иному досрочному освобождению от отбывания наказания.

Таким образом, общественные отношения в связи с принудительным питанием осужденных к лишению свободы разделены на четыре этапа, каж-

дый из которых имеет границы и определенную область правоотношений. Субъектами применения принудительного питания являются многочисленные лица: сотрудники отдела безопасности и оперативного отдела, медицинские работники уголовно-исполнительной системы, прокурор и т.д. Объектом принудительного питания является сам осужденный, к которому применяются соответствующие меры, связанные с его отказом от приема пищи и возникновением угрозы его жизни, а также при наличии медицинских показаний.

Полагаем целесообразным конкретизировать по этапам правовое положение осужденных. Так, на первом этапе осужденный имеет право составить заявление об отказе от приема пищи и передать его администрации исправительного учреждения, сотрудники которого (в первую очередь — отдела безопасности) обязаны его зарегистрировать. Впоследствии осужденный обязан будет отвечать на вопросы и давать объяснения соответствующим сотрудникам (врачам, психологам, оперуполномоченным и пр.), выполнять иные законные требования администрации исправительного учреждения и т.п. Немаловажной здесь будет беседа начальника исправительного учреждения с осужденным с целью выяснения причин неприятия пищи.

В случае признания причин голодовки необоснованными администрация исправительного учреждения должна разъяснить осужденному свои дальнейшие действия в связи с возможным отказом принимать пищу (это будет являться еще одним правом осужденного на этом этапе), а также соответствующие негативные последствия: применение мер взыскания, постановка на оперативный и медицинский учеты, взыскание средств, потраченных администрацией исправительного учреждения в связи с отказом от приема пищи и т.п.

На этом этапе осужденный обязан пройти медицинское и психологическое освидетельствование, что требуется четко закрепить в п. 16 Правил внутреннего распорядка исправительных учреждений (в настоящее время осужденные обязаны проходить медицинские осмотры и необходимые обследования только с целью своевременного обнаружения инфекционных заболеваний, выявления телесных повреждений, а также фактов употребления алкогольных, наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов). Соответствующая обязанность появится и у администрации исправительного учреждения.

Безусловно, на этом и последующих этапах осужденный имеет право в соответствии со ст. 15 УИК РФ направлять предложения, заявления, ходатайства и жалобы в суд, органы прокуратуры, вышестоящие органы уголовно-исполнительной системы и иные инстанции (организации), перечисленные в данной норме закона.

На втором этапе осужденный, в течение суток изолированный от других осужденных (это обязанность начальника исправительного учреждения, реализуемая путем вынесения соответствующего постановления), преимущественно будет обязан отвечать на вопросы и давать объяснения должностным лицам (прокурору, оперуполномоченному и пр.), выполнять иные законные требования администрации исправительного учреждения (в частности, врачей). Администрация исправительного учреждения и прокурор, в свою очередь, должна провести соответствующие проверки с целью выяснения (не-) обоснованности причин объявления голодовки, доставлять осужденному питание три раза в день, постоянно проверять состояние его здоровья, калькулировать расходы на него в связи с отказом от приема питания, и пр. Кроме того, следует решить вопрос о месте содержания данного осужденного (в камере штрафного изолятора, помещении камерного типа, едином помещении камерного типа или ином изоляционном помещении), либо его этапирования в другое учреждение уголовно-исполнительной системы.

Между тем осужденный по-прежнему может в любой момент отказаться от голодовки, что сократит расходы на него в связи с отказом от приема пищи, и, возможно, уменьшит тяжесть готовящихся к применению к нему мер взыскания, иных оперативных и профилактических мер. Однако это не освобождает администрацию исправительного учреждения от подготовки всего комплекса материалов о привлечении осужденного к дисциплинарной и иным видам ответственности. Без сомнения, на этом и последующих этапах амбулаторное лечение и неотложная медицинская помощь осужденному будет оказываться в помещении, в котором он содержится (что образует еще одну обязанность у администрации учреждения).

В ходе третьего этапа у осужденного наличествует тот же комплекс обязанностей и прав, что и на предыдущем этапе. Дополнительные обязанности возникают у администрации исправительного учреждения: соблюдение условий решения о принудительном питании осужденного и процедуры принудительного питания, разъяснения осужденному последствий наступления угрожающих организму изменений из-за голодовки, обеспечение состояния его здоровья и пр. При сопротивлении осужденного сотрудники исправительного учреждения должны принимать меры физического воздействия для обеспечения процедуры принудительного питания; одновременно на осужденного должны готовиться дополнительные материалы о его привлечении к дисциплинарной ответственности и применения иных мер. Перед началом принудительного кормления осужденному дают разъяснения о наступлении последствий, угрожающих его жизни и о необходимости принятия пищи.

После окончания принудительного питания (на четвертом этапе) правовое положение осужденного и администрации исправительного учреждения ничем не отличаются от «обычного», так как он уже возвращен обратно в отряд. Администрация исправительного учреждения обязана применить к осужденному комплекс мер (воспитательных, оперативных, режимных, финансовых, медицинских, психологических и пр.) для предупреждения данного правонарушающего поведения как этого лица, так и иных осужденных, а осужденный обязан, с одной стороны, выполнять иные законные требования администрации исправительного учреждения, и, с другой, он вправе направлять предложения, заявления, ходатайства и жалобы в суд и в иные инстанции (организации).

В то же время органы прокуратуры и вышестоящие органы уголовно-исполнительной системы должны тщательно проверять соблюдение требований нормативных правовых актов на всех этапах применения принудительного питания, принимая соответствующие меры реагирования, особенно при поступлении обоснованных жалоб от осужденного, в том числе при подтверждении обоснованности мотивов, послуживших причиной его отказа от приема питания. Ввиду того, что в реализации принудительного питания участвуют и иные сотрудники исправительного учреждения, а также должностные лица, информируемые о голодовке и осуществляющие прокурорский надзор и ведомственный контроль над действиями указанных сотрудников, целесообразно рассмотреть особенности их правового положения.

Выделим особенности правового положения начальника исправительного учреждения в данной области. На первом этапе его правовое положение характеризуется в основном обязанностями. К его обязанностям относятся следующие: 1) в течение суток побеседовать с осужденным с целью выяснения причин неприятия питания и сообщить об этом в вышестоящий орган уголовно-исполнительной системы и надзирающему прокурору; 2) при признании причин неприятия пищи обоснованными он незамедлительно принимает меры к их устранению (одновременно — к защите законных прав осужденного), а при отсутствии обоснованных обстоятельств должен разъяснить осужденному соответствующие негативные последствия в его отношении (взыскание средств, израсходованных на него в связи с отказом от приема питания, применение мер взыскания и т.п.).

При отсутствии положительных результатов общения с осужденным и при признании причин голодовки необоснованными начальник учреждения в течение суток издает постановление об изоляции осужденного в соответствующей камере для исключения его общения с другими осужденными и недопустимости получения от них питания.

На втором и третьем этапах начальник учреждения осуществляет, прежде всего прочего, проверку и утверждение заключения о (не-) обоснованности отказа осужденного от приема пищи. При поступлении соответствующих рекомендаций по результатам проверки он принимает решения по улучшению организации работы учреждения по конкретным направлениям, о необходимости привлечения к ответственности осужденных и сотрудников исправительного учреждения и т.п. При выявлении обстоятельств, препятствующих нахождению осужденного в одиночной камере, по решению начальника учреждения осужденного переводят обратно в отряд, в другое учреждение (например, при наличии угрозы его личной безопасности в соответствии со ст. 13 УИК РФ), в стационар либо в лечебно-профилактическое учреждение для оказания в основном медицинского воздействия (этапирование производится при наличии медицинских показаний и в сопровождении медицинского работника).

На четвертом этапе начальник учреждения принимает решение о применении дисциплинарных мер в отношении осужденного в соответствии со ст. 115–119 УИК РФ в связи с необоснованным отказом от приема питания, и допущенными им иными нарушениями установленного порядка отбывания наказания.

Перечень обязанностей и прав, в частности, психолога в анализируемой сфере может быть следующим. На первом этапе его обязанностью является освидетельствование осужденного с целью оценки его психического состояния, по итогам которого он решает вопрос о рекомендации изоляции осужденного для последующего принудительного питания, приглашения психиатра, перевода осужденного в стационар или в лечебно-профилактическое учреждение и т.п. Кроме того, психолог должен подробно раскрыть осужденному отрицательные последствия для его психического состояния с целью склонения к отказу от таких действий.

На втором и третьем этапах обязанность психолога состоит в ежедневных беседах с осужденным с целью оценки его психического состояния для формулирования рекомендаций о применении соответствующих средств воздействия и приглашению психиатра (особенно до процедур принудительного кормления и сразу после него). На четвертом этапе психолог должен продолжить работу с осужденным с целью постоянного уточнения не только его психологического состояния, но и мотивов, дальнейших замыслов, отношений с другими лицами, в том числе для незамедлительного информирования и привлечения к работе с ним психиатра и других врачей, а также иных сотрудников исправительного учреждения.

В свете изложенного очевидна необходимость новой, расширенной редакции ч. 4 ст. 101 УИК РФ для детализированного законодательного за-

крепления вышеуказанных прав и обязанностей осужденных и субъектов применения принудительного питания. Таким образом, результаты анализа правового положения осужденных к лишению свободы при их принудительном питании в контексте достижения целей уголовно-исполнительного законодательства свидетельствуют о необходимости корректировки данного законодательства.



Библиография

Астемиров З.А. Исправительно-трудовое (уголовно-исполнительное) право зарубежных социалистических государств. Рязань: РВШ, 1979. 122 с.

Белов Ю., Агаларзаде А., Шишков С. Медико-организационная практика // Воспитание и правопорядок. 1986. № 10. С. 46–47.

Белова Е.Ю. Организационно-правовые основы деятельности исправительных учреждений, связанные с принудительным питанием спецконтингента, с учетом международных стандартов // Юридическая мысль. 2017. № 6. С. 63–67.

Горбань Д.В. История института принудительного питания осужденных и практики его применения: проблемы и перспективы // Юрист Юга России и Закавказья. 2017. № 1. С. 41–45.

Келина С.Г. Наказание и иные меры уголовно-правового характера // Государство и право. 2007. № 6. С. 51–58.

Ким В.В. Основания и условия принудительного питания осужденных к лишению свободы // Вестник Кузбасского института. 2018. № 3. С. 28–35.

Новиков Е.Е. О некоторых особенностях правового положения осужденных, в отношении которых применяется принудительное питание // Вестник Самарского юридического института. 2018. № 2. С. 79–87.

Павленко А.А. К вопросу о содержании алгоритма действий медицинских работников исправительных учреждений в юридически значимых для осужденных ситуациях // Человек: преступление и наказание. 2015. № 1. С. 92–97.

Павленко А.А. Совершенствование медицинского обеспечения заключенных в свете правил Нельсона Манделы // Уголовно-исполнительное право. 2017. Т. 12. № 4. С. 469–476.

Сорокин М.В., Сорокина О.Е. Обеспечение безопасности при организации принудительного кормления лиц отказывающихся от приема пищи в исправительном учреждении // Политика, государство и право. 2015. № 11. С. 3–7.

Щедрин Н.В. Меры безопасности как средство предупреждения преступности: дис. ... д.ю.н. Красноярск, 2001. 348 с.

Boyd W. Force-feeding prisoners is wrong // American Medical Association Journal of Ethics. 2015. No. 10. P. 904–908.

Dingle J. Invisible crime-deterrent systems make for friendly facilities // Facilities Design & Management. 2000. No 2. P. 20–21.

Schedrin N.V. Concept, kinds and limits of security measures // Журнал Сибирского федерального университета. Серия: Гуманитарные науки. 2011. № 1. С. 112–118.

Sherman L. Public regulation of private crime prevention // Annals of the American Academy of Political and Social Science. 1995. N 1. P. 102–113.

Legal Status of Prisoners Sentenced to Deprivation of Freedom during Forced Feeding



Andrey Skiba

Associate Professor, Criminal Law Department, Academy of Federal Penitentiary Service, Doctor of Juridical Sciences. Address: 1 Sennaya Str., Ryazan 390000, Russian Federation. E-mail: apskiba@mail.ru



Alexey Rodionov

Professor, Economy and Management Department, Academy of Federal Penitentiary Service, Doctor of Economic Sciences. Address: 1 Sennaya Str., Ryazan 390000, Russian Federation. E-mail: avrpost@bk.ru



Abstract

Forced feeding of convicts sentenced to imprisonment is one of the forms of interaction between administration of correctional institution and the prisoner. Social relations that develop in connection with the forced feeding of convicts sentenced to imprisonment are theoretically poorly studied and have numerous shortcomings, primarily stemming from their legislative regulation (essence of incarcerated convicts' forced feeding wasn't not clearly determined; form of the refuse of Incarcerated convicts from food also wasn't established; appropriate legislative regulation of legal status of convicts, appropriate officials of the correctional institution and etc. is absent). In fact, only part 4 of article 101 of the Penal Code of Russian Federation is the legislative basis for forced feeding of sentenced convicts, in which the grounds for the use of forced feeding include the refusal of the convict to eat and the threat to his life, and the conditions of his appointment — the presence of medical evidence. In connection with the presence of deficiencies in their regulation of Penal Code of Russia and other normative acts, prison administration is not always able to respond adequately to such actions of convicts. In connection with the defects of their regulation in the Penal Code of Russia and other normative legal acts, the prison administration is not always able to respond adequately to such infringing actions of convicts. Comprehensive series of practical and legal measures (in the context of achievement of correction and prevention of commission of new crimes as the purposes of the penal legislation) aimed on the improvement of incarcerated convicts' forced feeding were formulated: a list of subjects that implement it; simultaneously improvement of the legal status regulation of prisoners and the subjects of its application was proposed; it is recommended to divide it on four stages each of which will have its own boundary and specific area of legal relations; was proposed to improve the recovery of costs associated with refusal of food from the convicts.



Keywords

forced feeding of convicts; disciplinary measures; penitentiary medicine; correction means; human rights; medical measures; penal enforcement objectives.

Citation: Skiba A.P., Rodionov A.V. (2018) Legal Status of Prisoners Sentenced to Deprivation of Freedom during Forced Feeding. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 216–234 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4. 216.234



References

- Astemirov Z.A. (1979) *Ispravitel'no-trudovoe (ugolovno-ispolnitel'noe) parvo zarubezhnyh socialisticheskikh gosudarstv* [Corrective labor law of foreign socialist states]. Rjazan': RVSh press, 122 p. (in Russian)
- Belov J. et al. (1986) Mediko-organizacionna praktika [Health organizational practice]. *Vospitanie i pravoporjadok*, no 10, pp. 46–47.
- Belova E.Ju. (2017) Organizacionno-pravovye osnovy dejatel'nosti ispravitel'nyh uchrezhdenij, svjazannye s prinuditel'nym pitaniem speckontingenta, s uchetom mezhdunarodnyh standartov [Organizational and legal framework for the activities of correctional institutions related to the forced feeding of the special contingent, taking into account international standards]. *Juridicheskaja mysl'*, no 6, pp. 63–67.
- Boyd W. (2015) Force-feeding prisoners is wrong // *American Medical Association Journal of Ethics*, no 10, pp. 904–908.
- Dingle J. (2000) Invisible crime-deterrent systems make for friendly facilities. *Facilities Design & Management*, no 2, pp. 20–21.
- Gorban' D.V. (2017) Istorija instituta prinuditel'nogo pitanija osuzhdennyh i praktiki ego primenenija: problemy i perspektivy [A history of the institution of forced feeding of convicts and the practice of its use: issues and prospects]. *Jurist Juga Rossii i Zakavkaz'ja*, no 1, pp. 41–45.
- Kelina S.G. (2007) Nakazanie i inye mery ugolovno-pravovogo haraktera [Punishment and other penal measures]. *Gosudarstvo i pravo*, no 6, pp. 51–58.
- Kim V.V. (2018) Osnovanija i uslovija prinuditel'nogo pitanija osuzhdennyh k lisheniju slobody [Grounds and conditions of forced feeding for convicts]. *Vestnik Kuzbasskogo instituta*, no 3, pp. 28–35.
- Novikov E.E. (2018) O nekotoryh osobennostjah pravovogo polozhenija osuzhdennyh, v otnoshenii kotoryh primenjaetsja prinuditel'noe pitanie [On legal status of convicts to whom forced feeding is applied]. *Vestnik Samarskogo juridicheskogo instituta*, no 2, pp. 79–87.
- Pavlenko A.A. (2015) K voprosu o sodержani I algoritma deistvii medicinskih rabotnikov ispravitel'nyh uchrezhdenij v juridicheski znachimyh dlja osuzhdennyh situacijah [Content of the sequence of actions of medical workers of correctional institutions in the legally relevant situations for prisoners]. *Chelovek: prestuplenie i nakazanie*, no 1, pp. 92–97.
- Pavlenko A.A. (2017) Sovershenstvovanie medicinskogo obespechenija zakljuchennyh v svete pravil Nel'sona Mandely [Improving medical care for prisoners in the light of Nelson Mandela rules]. *Ugolovno-ispolnitel'noe pravo*, no 4, pp. 469–476.
- Schedrin N.V. (2011) Concept, kinds and limits of security measures. *Zhurnal Sibirskogo federal'nogo universiteta. Seria: Gumanitarnye nauki*, no 1, pp. 112–118.
- Schedrin N.V. (2001) Mery bezopasnosti kak sredstvo preduprezhdenija prestupnosti: dis.... dokt. juridicheskikh nauk [Security measures as a mean of crime prevention. Doctor of Juridical Sciences Thesis]. Krasnoyarsk, 348 p. (in Russian)
- Sherman L. (1995) Public regulation of private crime prevention. *Annals of American Academy of Political and Social Sciences*, no 1, pp. 102–113.
- Sorokin M.V., Sorokina O.E. (2015) Obespechenie bezopasnosti pri organizacii prinuditel'nogo kormlenija lic otkazyvajushhhsia ot priema pishhi v ispravitel'nom uchrezhdenii [Security provision during forced feeding of convicts who refuse from food in a correctional facility]. *Politika, gosudarstvo i pravo*, no 11, pp. 3–7.

Продовольственная безопасность: международно- правовые аспекты и российская правоприменительная практика



А.Е. Серафимович

старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права Кемеровского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 650000, Российская Федерация, Кемерово, ул. Красная, 6. E-mail: anna_serafima@mail.ru



А.Ю. Просеков

профессор Кемеровского государственного университета, доктор технических наук. Адрес: 650000, Российская Федерация, Кемерово, ул. Красная, 6. E-mail: aprosekov@rambler.ru



Аннотация

В настоящей статье анализируются международно-правовые аспекты проблемы продовольственной безопасности. Определяются основные этапы формирования системы международных организаций, обеспечивающих глобальную продовольственную безопасность, и особенности современного состояния этой системы. Отмечена роль ФАО в формировании системы международной продовольственной безопасности как основы правоприменительной практики в данной области. Раскрывается проблема соотношения международно-правовых норм в области продовольственной безопасности, включающей перечень основных международных стандартов, регламентирующих качество и безопасность продукции на предприятиях пищевой, перерабатывающей промышленности, торговли и общественного питания и национальной правоприменительной практики. Формулируется вывод о наличии обратной связи между национальным и международным законодательством: национальные регламенты и стандарты рецепируются иными участниками международных организаций и приобретают международно-правовое значение. Рассматриваются основные проблемы, связанные с участием России в регулировании проблемы глобальной продовольственной безопасности. На основе фактического материала формулируется вывод, что Россия как член ИСО и ФАО принимает активное участие в разработке стандартов и законодательств в области качества и безопасности пищевой продукции с целью гармонизации последних с международными и европейскими требованиями, что ведет к существенным изменениям в стандартизации пищевых продуктов. Утверждается, что присоединение России к ВТО способствовало оптимизации порядка внутригосударственного регулирования санитарных и фитосанитарных норм: их приведение в соответствие с требованиями ВТО рассматривается авторами как отражение общей тенденции к рецепции норм международного права в данной сфере. Обращается внимание на проблемы в сфере международной продовольственной безопасности: отсутствие единой методологии оценки риска, отбора и исследования проб подкарантинной продукции,

в качестве и безопасности пищевой продукции в сфере общественного питания, в общих правилах контрольно-надзорной деятельности. Сохранение проблемы продовольственной безопасности в глобальном масштабе обуславливает необходимость разработки международно-правовых норм, способствующих формированию права продовольственной безопасности как отдельного подинститута международного гуманитарного права.



Ключевые слова

продовольственная безопасность, правоприменительная практика, Всемирная торговая организация (ВТО), продовольственная и сельскохозяйственная организация ООН (ФАО), продукты питания, пищевые стандарты.

Библиографическое описание: Серафимович А.Е., Просеков А.Ю. Продовольственная безопасность: международно-правовые аспекты и российская правоприменительная практика // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 4. С. 235–253.

JEL: К 33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.235.254

Доступ к должному количеству безопасных продуктов питания является важнейшим фактором для поддержания жизни и укрепления здоровья. Обеспечение устойчивости этого фактора, таким образом, является одной из самых трудных насущных задач, стоящих перед цивилизацией и привлекающих внимание международных организаций.

В 1992 г. в Риме состоялась Международная конференция, где обсуждались пути решения проблемы полноценного питания человечества. Инициаторами конференции были две международные организации — Продовольственная и сельскохозяйственная организация ООН (ФАО) и Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ). На пленарном заседании конференции были обнародованы парадоксальные данные: в мире, где производится достаточно питания для каждого жителя планеты, постоянно голодают около 800 млн. человек¹. Последствия вполне очевидны — болезни, задержка умственного развития у детей, ранняя смерть. В результате нехватка продуктов питания в отдельных государствах представляет собой очевидную угрозу национального масштаба: обеспечение производства минимально требуемого количества продовольствия является гарантией физического выживания этноса.

Отметим, что и четверть века спустя риски не только не устранены, но и продолжают нарастать. К 2020 г. численность человечества увеличится на 30–32% по сравнению с 1990-ми годами. Для доступности продуктов пи-

¹ Продовольственная безопасность беспокоит всех // Коммерсант. 1992. 10 декабря.

тания и реализации продовольственных запросов постоянно увеличивающегося населения земного шара необходимо интенсифицировать аграрное производство, повысить эффективность распределения продуктов питания, освоить принципиально новые технологии и логистические схемы. Отметим, что это, в свою очередь, не только откроет дополнительные возможности, но и существенно увеличит риски в сфере продовольственной безопасности. По нашему мнению, сегодняшние технологические методы сами по себе являются потенциальным источником угроз не только для качества питания, но и для элементарной его безопасности. Не следует забывать также, что негативное воздействие на безопасность будет в перспективе оказывать и перманентное изменение климата: постоянные колебания температуры приведут к увеличению рисков на всех этапах обеспечения продовольственной безопасности, начиная с производства пищевой продукции и заканчивая ее сбытом и транспортировкой².

Приведем официальные данные ВОЗ. По состоянию на 2017 г., небезопасные продукты питания, содержащие болезнетворные бактерии и канцерогенные вещества, являются причиной более чем 200 заболеваний, от онкологии до диареи, развивающихся в результате употребления загрязненных пищевых продуктов, от которых ежегодно заболевает более 0,5 млрд. человек, а 230 тыс. из них уходят из жизни³. Болезни пищевого происхождения наиболее опасны детям: более 30% летальных исходов приходится на лиц, чей возраст не превышает пяти лет.

Сказанное свидетельствует о процессе постепенного сращивания проблем качества пищевых продуктов и обеспечения продовольственной безопасности.

Другой вполне очевидной тенденцией является усиление глобализации проблемы продовольственной безопасности. Конечно безопасность продуктов питания содействует развитию национальной экономики отдельных взятых государств, их торговой и туристической инфраструктуры, является одним из факторов устойчивого развития. Но в то же время следует констатировать, что в современных условиях растет спрос на все более широкий спектр продуктов питания. Продовольственная цепочка, ранее включавшая в себя три основных звена (производство — поставка — потребление), претерпевает сущностные изменения, заключающиеся как в большей внутрен-

² Власов В.А. Продовольственная безопасность Российской Федерации как важнейшее стратегическое направление обеспечения национальной безопасности // Национальная безопасность. 2010. № 11–12. С. 96–101.

³ Всемирная организация здравоохранения. Информационный бюллетень. Октябрь 2017 г. [Электронный ресурс]: <https://apps.who.int/mediacentre/factsheets/fs399/ru/index.html> (дата обращения: 5.12.2017)

ней сегментации каждого из звеньев⁴, так и в том, что в условиях глобализации цепи поставок продуктов питания приобретают международный характер. Потоки продукции перемещаются с большой скоростью и на большие расстояния, в результате чего региональные продовольственные кризисы, эпидемии местного уровня могут быстро разрастаться до международных чрезвычайных ситуаций. В 2010-е годы на каждом материке были отмечены заболевания пищевого происхождения, масштабы которых в условиях глобализированной торговли приобрели транснациональный характер.

Таким образом, на сегодняшний день совместная деятельность национальных правительств, производителей и потребителей продуктов питания является главным условием реализации всеобъемлющей системы продовольственной безопасности. При этом для создания глобальной безопасности пищевых продуктов необходимо решить две сущностные задачи: 1) разработать устойчивую модель действенного международного надзора и координации межрегионального сотрудничества в этой области⁵; 2) привести национальные узаконения в данной области в соответствие с разработанными международными требованиями и стандартами. Остановимся подробнее на характеристике этих задач.

В Декларации Всемирного саммита продовольственной безопасности (2009) дается следующее определение: «Продовольственная безопасность существует, когда все люди всегда имеют физический, социальный и экономический доступ к достаточному количеству безопасного и питательно-го продовольствия для удовлетворения своих диетических потребностей и пищевых предпочтений для ведения активной и здоровой жизни». В целом сложившаяся к настоящему моменту система международных организаций, нормативные основания их деятельности, разработанные ими регламенты позволяют консолидировать мероприятия всех заинтересованных государств в области продовольственной безопасности, повышения качества пищевой продукции, предотвращения связанных с нарушениями продовольственной безопасности заболеваний⁶.

Учреждение международных и региональных структур, составление ими соответствующих нормативных документов, стандартов и регламентов происходит с целью реализации научно обоснованной системы сертифициро-

⁴ В докладе Управления контроля агропромышленного комплекса и химии ФАС России на заседании Рабочей группы БРИКС по глобальным продовольственным цепочкам отмечалось, что неотъемлемыми компонентами производства становятся биотехнологические исследования, селекционная работа, разработка технологий биозащиты // Конкуренция и право. 2017. 21 сентября.

⁵ *Моисеев Е.Г.* Правовые вопросы сотрудничества государств по обеспечению продовольственной безопасности // Аграрное и земельное право. 2008. № 10. С. 76–82.

⁶ *Позняковский В.М.* Безопасность продовольственных товаров: (с основами нутрициологии). М., 2012. С. 44.

вания продовольственных товаров. В рамках достижения данной цели необходимо реализовать следующее: 1) консолидировать нормы национального законодательства в сфере обеспечения продовольственной безопасности и требования международных стандартов; 2) обеспечить взаимное признание актов национального права, касающихся пищевых продуктов и их безопасности, государствами–субъектами международного права; 3) обеспечить взаимное признание актов экспертиз безопасности; 4) сформировать единую систему международных и региональных правил деятельности центров сертификации; 5) создать условия материального, информационного и коммерческого сотрудничества, механизмы разрешения возможных конфликтных ситуаций, возникающих в процессе производства сертификационных испытаний.

В настоящий момент основными звеньями глобальной системы обеспечения продовольственной безопасности являются:

Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ; World Health Organization), основанная в 1945 г. ВОЗ — внутреннее структурное подразделение ООН, отвечающее за разрешение глобальных проблем охраны здоровья и координацию деятельности международных и региональных структур здравоохранения;

Международная организация стандартизации (ИСО; International Organization for Standardization — ISO), функционирует с 1946 г. Учредителями ее являлись 25 региональных и национальных организаций, объединивших усилия в сфере создания системы международных гуманитарных стандартов, в том числе в области безопасности продовольствия;

Организация Объединенных Наций по питанию и сельскому хозяйству — ФАО (Food and Agriculture Organization of United Nations). Данное структурное подразделение ООН обеспечивает международное взаимодействие в аграрной и продовольственной сферах, способствует разработке мер, нацеленных на повышение эффективности аграрного производства, на улучшение качества продовольствия с помощью разработки системы международных стандартов.

Следует отметить ведущую роль ФАО в формировании системы международной продовольственной безопасности: результаты ее нормотворчества на сегодняшний день являются основой правоприменительной практики в данной области. К их числу в первую очередь, необходимо причислить Римскую декларацию о всемирной продовольственной безопасности (1996), Роттердамскую конвенцию о процедуре предварительного обоснованного согласия в отношении отдельных опасных химических веществ и пестицидов в международной торговле (1998), Международный договор о растительных генетических ресурсах (2001).

Примечательно, что к сегодняшнему дню система обеспечения глобальной продовольственной безопасности помимо отмеченных нами организаций, которым принадлежит системообразующая роль, включает в себя и международные структуры, призванные реализовывать принятые ФАО/ВОЗ/ИСО решения. К их числу в первую очередь следует отнести Комиссию «Кодекса Алиментариус» (Codex Alimentarius Commission (CAQ))⁷, основанную в ФАО в 1961 г. и уполномоченную на осуществление программы защиты жизни и здоровья, реализацию оптимальной для удовлетворения всеобщих интересов торговли продовольствием, разработанной совместно ВОЗ и ФАО.

В результате взаимодействия всех упомянутых структур стало возможным создание Общих принципов пищевой гигиены «Кодекса Алиментариус», утверждение Руководства по применению системы критических контрольных точек при анализе опасного фактора (НАССР), и выработка шкалы пищевых стандартов. Данные акты международного права являются фундаментом для формирования системы внутригосударственных стандартов и средством обеспечения их гармонизации с интернациональными правилами⁸.

По состоянию на 2017 г. нормативная основа системы международной продовольственной безопасности включает в себя перечень базовых общемировых стандартов, регулирующих безопасность и качество товаров, произведенных предприятиями пищевой и перерабатывающей промышленности, реализуемых учреждениями общественного питания и торговой сетью. К числу основных из них относятся: 1) ISO 22000:2005 «Система менеджмента безопасности пищевой продукции. Требования к организации, участвующей в пищевой цепочке». Данный стандарт содержит требование исполнения всех нормативных предписаний о безопасности продуктов питания, что способствует созданию единой интегрированной системы в этой сфере; 2) ISO 15161:2001 «Руководство по применению ISO 9001:2000 в пищевой промышленности». Демонстрирует модель выстраивания оптимальной системы, основанной на принципах ISO 9001:2000 и НАССР, позволяющей учитывать запросы потребителей в структурировании менеджмента.

Отдельной характеристики заслуживают технические условия ISO/TS22002-1:2009 «Программы обязательных предварительных мероприятий по обеспечению безопасности пищевых продуктов. Часть 1. Производство пищевых продуктов», которые предписывают требования разработки и реализации обязательных мер, нацеленных на недопущение появления рисков, связанных с нарушением безопасности продуктов питания (загрязнения, в том числе пе-

⁷ Название получила от лат. Codex Alimentarius, что означает «пищевой кодекс» или «пищевой закон».

⁸ Балабанов В.С., Борисенко Е.Н. Продовольственная безопасность. Международные и внутренние аспекты. М., 2002. С. 245.

рекрестного, химического и биологического происхождения). Данный регламент могут применять все производители продуктов питания независимо от их размера или сложности. Заметим также, что ISO/TS22002-1:2009 — первый документ из серии аналогичных, подготовленных для реализации программ обязательных мероприятий⁹ (PRP) для пищевой промышленности. По всей видимости, в дальнейшем потребуется разработка PRP для других этапов пищевой цепочки, а ISO/TS22002-1:2009 является своего рода пилотным проектом покрытия будущих потребностей мировой пищевой промышленности.

Приведенные основные международные стандарты — это лишь незначительная часть нормативных документов, регламентирующих продовольственную безопасность. Так, Комиссией «Кодекс Алиментариус» к настоящему моменту разработано 297 предскриптивных¹⁰ стандартов на пищевые продукты — фрукты, овощи, зерновые культуры, мясо, молоко, жиры и пр.

Характерной особенностью формирования стандартов продовольственной безопасности является активное участие в этом процессе национальных организаций. Точное их количество определить зачастую невозможно. Так, только в пределах Евросоюза в силу ряда причин, в том числе принципиальных различий в государственном устройстве и способе разграничения властных полномочий центральных и региональных органов государственного управления регламентация и способы обеспечения продовольственной безопасности весьма разнообразны. По сути сложились три основных типа регламентации: 1) централизованный (Бельгия, Дания, Нидерланды), основанный на формировании единой системы регламентов продовольственной безопасности; 2) смешанный (Испания, Германия), сочетающий использование общенациональных и региональных регламентов; 3) децентрализованный (Великобритания, Ирландия), включающий регламенты, утвержденные на местном уровне¹¹. Вполне естественно, что если первый и второй тип характеризуются минимальным перечнем регламентов, то в государствах, относящихся к третьей группе, их количество гораздо значительнее.

Важно отметить, что независимо от принадлежности к тому или иному типу национальные регламенты рецепируются иными участниками международных организаций и приобретают международно-правовое значение. Так, IFS (International Food Standard), изначально разработанный Обществом немецкой розничной торговли (Hauptverband des Deutschen Einzelhandels) и Федерацией предприятий торговли и распределения Франции (Federation des entreprises du Commerce et de la Distribution), сейчас активно применя-

⁹ Для обозначения данной серии технических условий часто используется аббревиатура PRP.

¹⁰ Иначе — предписывающих, т.е. определяющих, какие именно параметры (пределы, максимальные концентрации) должны соблюдать товаропроизводители.

¹¹ Available at: <https://www.Fao.org/docrep/meeting/008/j2975r.html> (дата обращения: 18.11.2017)

ется в коммерческих сетях ЕС, составляющих не менее 65% всей мировой торговли. Содержание этого стандарта определяется желанием помочь производственным и торговым предприятиям в производстве и поставках безопасных продуктов путем создания единой системы взаимного оценивания изготовителей и поставщиков продовольствия¹².

В свою очередь Global Standard Food (Единый стандарт пищевой продукции), предъявляющий к производителям и продавцам требования по всем аспектам безопасности пищевой продукции, был разработан британским консорциумом предприятий розничной торговли BRC (British Retail Consortium) в 1998 г. Ныне он обязателен для всех производителей, поставляющих свою продукцию в торговые сети, входящие в BRC.

Отметим, что 2000-е годы, характеризующиеся активной внешнеполитической стратегией, направленной на интеграцию России с мировыми и европейскими гуманитарными структурами, в значительной степени активизировали участи нашей страны в обеспечении глобальной продовольственной безопасности. В 2005 г. Россия вступила в ИСО, с 2006 г. она является членом ФАО. Как член ИСО Россия принимает участие в разработке стандартов и законодательств в области качества и безопасности пищевой продукции с целью гармонизации последних с международными и европейскими требованиями.

Существенные изменения в связи с этим претерпела процедура сертификации пищевых продуктов. Постановлениями Госстандарта были утверждены новые Правила сертификации пищевых продуктов и продовольственного сырья на соответствие требованиям качества и безопасности, в отличие от прежних аналогичных документов разработанные не только с учетом российского, но и зарубежного опыта. Существенные новеллы содержались и в Федеральном законе «О техническом регулировании» от 27.12.2002 № 184-ФЗ, в соответствии с которым ГОСТ (государственный стандарт), на протяжении десятилетий являвшийся одним из основных категорий стандартов России, подлежал постепенной замене техническими регламентами. Данное изменение также обуславливалось стремлением к гармонизации российской системы технического регулирования с международной¹³.

¹² IFS находит применение в России при работе с зарубежными партнерами.

¹³ Технический регламент — документ, который принят международным договором России, ратифицированным в порядке, установленном федеральным законом, или указом Президента Российской Федерации, или постановлением ее Правительства, и определяет обязательные к применению и исполнению требования к объектам технического регулирования (продукции, в том числе зданиям, строениям и сооружениям, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации); он является особым видом законодательства. Технический регламент принимается в целях: защиты жизни или здоровья граждан, имущества физических или юридических лиц, государственного или муниципального имущества; охраны окружающей среды, жизни или здоровья животных и растений; предупреждения действий, вводящих в заблуждение приобретателей.

Характеристики заслуживает участие России в реализации проектов Организации по питанию и сельскому хозяйству (ФАО). Основные направления этого участия определены в Доктрине продовольственной безопасности, утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 30.01.2010. В рамках этого документа получили логическое развитие основные положения Концепции участия Российской Федерации в содействии международному развитию от 14.06.2007 в части оказания международной финансовой, технической, гуманитарной и иной помощи.

Поскольку подобного рода помощь чаще всего направлена на преодоление кризисных ситуаций, вызванных разного рода форс-мажорными обстоятельствами, одним из оснований ее оказания является дефицит продовольствия. Отметим, что в первые годы после вступления России в ФАО ее участие в продовольственной помощи имело ограниченный масштаб, однако к моменту утверждения доктрины «де-факто» Россия уже приобрела статус одного из основных доноров, выделяющих не только непосредственно продовольственную помощь, но и финансовые средства различным программам, реализуемым ФАО. На сегодняшний день инициативы России в рамках Всемирной продовольственной программы являются одним из основных каналов оказания международной помощи государствам с низким уровнем доходов.

Вторым проектом, реализуемым в рамках ФАО с участием России, является развитие фундаментальных и прикладных исследований в аграрной сфере, укрепление научного потенциала во всех сегментах агропромышленного комплекса, обеспечение интеграции последнего в мировую систему научно-исследовательской деятельности, поскольку в современных условиях решение проблем в сфере обеспечения продовольственной безопасности является не только практической, но и научной задачей. Такое понимание продовольственной безопасности полностью созвучно Совместному заявлению по всемирной продовольственной безопасности (Аквильская инициатива-2009, в соответствии с которым «на национальном, региональном и международном уровнях необходимо значительно увеличить объем инвестиций в образование, исследования, научные разработки и технологии и расширить доступ к ним»¹⁴.

В связи с этим особое значение имеет деятельность Евразийского центра продовольственной безопасности (ЕЦПП), созданного приказом Ректора МГУ на основании решения Ученого совета МГУ и в соответствии с распоряжением Правительства Российской Федерации № 2226-р от 8.12.2010¹⁵.

¹⁴ Совместное заявление по всемирной продовольственной безопасности Аквильская инициатива по продовольственной безопасности (АИПБ). 10.07.2009 [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.kremlin.ru/supplement/21> (дата обращения: 20.12.2017)

¹⁵ Иначе — Аграрный центр МГУ. См.: [Электронный ресурс]: // URL: https://agro.econ.msu.ru/news_and_events/?month=9&year=2011 (дата обращения: 20.12.2017)

Образование ЕЦПП стало одним из примеров реагирования России на мировой продовольственный кризис 2007–2008 годов. Основной целью Центра является содействие политике ФАО по укреплению продовольственной безопасности, в первую очередь в Центральной Азии и на Южном Кавказе (Таджикистане, Кыргызстане и Армении) — регионах, стабильность в которых отвечает геополитическим интересам России.

Программа деятельности Центра, утвержденная в 2011 г., предусматривает проведение международных форумов по данной проблематике, подготовку аналитических обзоров по государствам, внедрение рекомендаций на основе анализа передовой практики, формирование в фокусных странах баз данных о проектах и мероприятиях по обеспечению продовольственной безопасности. Особенно примечательно, что ЕЦПП осуществляет экспертно-аналитическую и научно-образовательную деятельность в рамках ФАО в партнерстве с иными международными центрами: Консультативной группой международных исследований в области сельского хозяйства, Международным фондом сельскохозяйственного развития и Международным институтом аграрной политики¹⁶.

Важнейшим условием устойчивости экономического курса стало интегрирование России в международную систему торговых связей в качестве участника Всемирной торговой организации. Роль ВТО в реализации системы продовольственной безопасности чрезвычайно велика и в дальнейшем, как нам представляется, будет возрастать. Именно эта организация, формируя новую модель международного торгового права, оказывает существенное воздействие на внутригосударственное законодательство стран-членов. Заметим также, что многочисленные конфликтные ситуации, связанные с безопасностью пищевых продуктов, сопряжены с вопросами международной торговли, и, следовательно, имеют отношение к прерогативам ВТО.

ВТО, образованная в ходе уругвайского (1985 г.) раунда торговых консультаций, фактически являет собой правопреемницу учреждения, существовавшего в рамках Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ). В период действия ГАТТ главным средством регулирования международных торговых операций являлись ставки таможенных пошлин: изначально их корректировка в сторону снижения была главной проблемой обсуждения в рамках уругвайских переговоров¹⁷. Однако, по мнению Н.А. Чуйко, в процессе расширения торговли скоро стало очевидно, что снижение барьеров «на границах» ведет к усилению барьеров «внутри границ»¹⁸.

¹⁶ [Электронный ресурс]:// URL: https://agro.econ.msu.ru/news_and_events/?month=9&year=2011 (дата обращения: 15.12.2017)

¹⁷ Стратегия развития российского бизнеса в условиях ВТО: сборник материалов. М., 2013. С. 24.

¹⁸ Чуйко Н.А. Международно-правовое регулирование безопасности пищевых продуктов в рамках Всемирной торговой организации: дис. ... к. ю. н. М., 2015. С. 91.

Кроме того, в процессе переговоров, длившихся без малого восемь лет (1986–1994 гг.), количество межгосударственных соглашений значительно возросло — они были распространены и на те области, которые ранее регулировались исключительно национальным законодательством. В значительной степени данное обстоятельство относится и к интересующей нас проблеме продовольственной безопасности: был разработан комплекс санитарных и фитосанитарных мер, согласованы так называемые «технические барьеры» в торговле. Таким образом, можно констатировать последовательное расширение компетенции ГАТТ, переход от разрешения тарифных вопросов к более широкому спектру проблем, напрямую не связанных с тарифной политикой, результатом чего стала трансформация ранее существовавшей организации в ВТО.

Объективная характеристика степени участия ВТО в сфере продовольственной безопасности предполагает четкое определение целевой функции ее деятельности, сфер этой деятельности и полномочия, предоставленные ВТО входящими в ее состав государствами. Задачи ВТО определены во вводной части учредительного документа — так называемого Марракешского соглашения (1995). К ним отнесены: увеличение жизненного уровня, обеспечение полной трудовой занятости населения и эффективного спроса на товары и услуги, устойчивого роста индустриального и сельскохозяйственного производства, оптимизация использования материальных и финансовых ресурсов, обеспечение экологической безопасности. Хотя обеспечение продовольственной безопасности в числе прочих задач не упоминается, косвенным свидетельством внимания ВТО к этой проблеме является одна из формулировок преамбулы, указывающая, что пути достижения заявленных целей должны прямо соответствовать запросам и интересам участников. Отметим и дискреционный характер полномочий ВТО: в тексте Марракешского соглашения содержится прямое указание, что организация не ограничивается исключительно торговыми вопросами, проявляя заинтересованность к разрешению проблем безопасности и искоренению нищеты¹⁹.

Аналогично, тот факт, что в нормативных документах ВТО до сегодняшнего дня отсутствует специальный акт, регулирующий отношения в области обеспечения продовольственной безопасности, не должен вводить в заблуждение: данная проблема нашла отражение в таких международных актах, принятых в рамках ВТО, как Соглашение по применению санитарных и фитосанитарных мер, Соглашение по техническим барьерам в торговле и уже упомянутое Генеральное соглашение по тарифам и торговле. Конечно, ни один из этих международных нормативных правовых актов не является

¹⁹ Van den Bosche P. The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Material. Cambridge, 2005. P. 87.

специализированным соглашением в области пищевой безопасности, однако на основании ограничительных мер, предусмотренных этими соглашениями, страны-участники могут обеспечивать импорт продовольственных продуктов надлежащего качества²⁰.

Обеспечение продовольственной безопасности отнесены к компетенции рабочих органов ВТО — Комитета по техническим барьерам в торговле (КБТ) и Комитета по санитарным и фитосанитарным мерам. Комитет по техническим барьерам учрежден в соответствии со ст. 13 соответствующего Соглашения. В его состав входят представители от каждой страны-члена, работающие на ежегодной пленарной основе. В рамках ежегодных встреч проводятся консультации по любым вопросам, касающимся функционирования КБТ. Так, в ноябре 2013 г. Украина инициировала рассмотрение на очередном заседании Комитета вопроса о правомерности предпринятого Роспотребнадзором России летом того же года запрета ввоза продукции фабрики Roshen под тем предлогом, что они якобы противоречат обязательствам России как участника соглашения по «техническим барьерам» (все претензии Украины на этом заседании были отвергнуты).

Когда ограничительные меры, принятые участниками ВТО, относятся к тем сферам торговли, которые урегулированы Соглашением по применению санитарных и фитосанитарных мер (СФС), их обсуждение выносится, в соответствии со ст. 12 этого документа, на рассмотрение Комитета по санитарным и фитосанитарным мерам (Комитет СФС)²¹. Это учреждение выступает в роли организатора переговоров и консультаций между государствами-участниками ВТО по всем вопросам санитарного (фитосанитарного) характера. Кроме того, Комитет по СФС-мерам осуществляет постоянный мониторинг деятельности аффилированных с ВТО организаций, уполномоченных на разработку СФС-стандартов, и разрабатывает способы реализации норм, установленных в Соглашении²². Комитет вносит существенный вклад в функционирование механизма взаимодействия ВТО с иными международными организациями экологической и медицинской направленности, участвующими в решении задачи глобальной продовольственной безопасности, — Международным эпизоотическим бюро, Секретариатом Международной конвенции по защите растений и Комиссией «Кодекса Алиментариус».

²⁰ Для применения данных мер, конечно, предусматриваются специальные условия. Если они не будут соблюдены, а сами меры будут признаны дискриминационными, протекционистскими, они могут быть оспорены в рамках ВТО и признаны подлежащими отмене.

²¹ Lang A., Scott J. The Hidden World of WTO Governance // The European Journal of International Law. N 3. 2009. P. 594.

²² Ibid. P. 598.

Рассматривая деятельность ВТО в интересующей нас области, нельзя обойти стороной еще одну проблему. В последние пять лет как в научной литературе, так и в средствах массовой информации широко присутствуют критические высказывания в адрес этой организации. По мнению критиков, вхождение России в структуру ВТО влечет за собой риски для национальной продовольственной безопасности. Опасения демонстрируют и организации так называемого «третьего сектора» (НКО экологической направленности и пр.) — реализуя политику «свободной торговли», ВТО, по их мнению, причиняет ущерб здоровью граждан и экологической среде; правила ВТО, в свою очередь, негативно отражаются на действенности системы санитарной и технической защиты.

Исследование данного вопроса находится вне интересующей нас проблематики, тем не менее мы не можем его абсолютно игнорировать. Отметим, что присоединение России к ВТО произошло на основании одобрения результатов Уругвайского раунда торговых переговоров и оформлено (в соответствии со ст. XII Соглашения о ВТО) 16.12.2011 подписанием Протокола о присоединении к Марракешскому соглашению. Из Протокола действительно следует, что присоединившееся государство становится членом Организации, принимает на себя исполнение всех обязательств по Соглашению о ВТО, в том числе обязуется исполнять все приложенные к учредительным документам Соглашения²³. Однако, по замечанию Б.Л. Зимненко, выбор процедуры реализации международно-правовых положений во внутригосударственных отношениях — это суверенное право: никто не вправе навязывать государству те или иные способы реализации международных норм, определять содержание внутригосударственных нормативных правовых актов, направленных на реализацию норм международных договоров²⁴. В силу этого нам кажется, что все опасения, связанные с присоединением России к ВТО, несколько преувеличены.

Возвращаясь к проблеме глобальной продовольственной безопасности и участию нашей страны в ее обеспечении, отметим, что в связи с вступлением в состав ВТО России было необходимо сократить перечень продукции, подлежащей обязательной сертификации: лишь крайне ограниченный круг продовольственных товаров, отличавшихся определенной степенью риска, подлежал таковому. Должные обязательства были исполнены — 01.12.2009 было утверждено Постановление Правительства России № 982, заменившее

²³ Трунк-Федорова М. П. Механизм разрешения споров в рамках Всемирной торговой организации и контроль за исполнением решений в этой области: дис. ... д. ю. н. СПб., 2004. С. 26.

²⁴ Зимненко Б.Л. Международное право и правовая система Российской Федерации. Особенная часть: Курс лекций. М., 2010. С. 11.

процедуру обязательной сертификации продуктов питания процедурой декларирования соответствия.

Присоединение России к ВТО обусловило существенные изменения порядка внутригосударственного регулирования санитарных и фитосанитарных норм. Так, Россия приняла на себя обязательство привести применяемые в рамках Таможенного союза все подобные меры в соответствие с принципами Соглашения ВТО по применению санитарных и фитосанитарных мер. В частности, применяемые в РФ санитарные и фитосанитарные меры могут использоваться лишь в том объеме, который необходим для защиты здоровья людей и сохранения биоразнообразия, должны основываться на научных принципах, международных стандартах и рекомендациях, не ограничивая существенно международную торговую деятельность.

Примечательно, что до вхождения России в ВТО принятие тех или иных санитарных и фитосанитарных мер обуславливалось необходимостью реализации принципа недопустимости причинения вреда человеку путем употребления конкретного продукта питания. Рецепция норм соглашений ВТО привела к замене подобного подхода системой научно обоснованных оценок негативного влияния на социально-экономическую инфраструктуру государства-члена издержек, обусловленных неблагоприятным воздействием пищевой продукции на здоровье населения в целом и отдельных личностей. Если детальное научное обоснование отсутствует, обязателен полный переход к нормам стандартов ВТО, в которые уже заложена степень возможных рисков²⁵. С момента вступления России в ВТО необходимая работа по модификации СФС-норм и их приведение в соответствие с требованиями Организации уже проведена и привела к ощутимым результатам. К настоящему моменту продовольственная безопасность России отслеживается с помощью 7. 000 новых показателей²⁶.

Отметим, что одновременно, в 2010–2015 гг., помимо приведения законодательства в соответствие с требованиями ВТО, формировалась организационно-правовая база евразийской интеграции. Важными вехами на этом пути стали создание Таможенного союза Российской Федерации, Республики Беларусь и Республики Казахстан (2010–2012) и Евразийского экономического союз (ЕАЭС) (2014–2015). 1.07.2010 вступили в силу Соглашение Таможенного союза по санитарным мерам, ряд других законодательных и

²⁵ Прежняя национальная модель оценок фитосанитарного состояния исключала возможность использования системы управления рисками; в условиях ВТО такая система является необходимым компонентом СФС-норм, однако в условиях членства в ВТО создание такой системы необходимо.

²⁶ О гармонизации требований в соответствии с международными стандартами в рамках членства России в ВТО [Электронный ресурс]: // URL: https://www.rospotrebnadzor.ru/deyatelnost/org/?ELEMENT_ID=1037 (дата обращения: 23.10.2017)

нормативных документов по вопросам контроля качества и безопасности продовольственного сырья и пищевых продуктов. С 1 июля 2013 г. в рамках Таможенного союза действует новый нормативный документ «О безопасности пищевой продукции». Согласно последнему, обязательное свидетельство соответствия продуктов питания нормам технических регламентов Союза может производиться в двух основных формах — декларирования соответствия и (или) сертификации. Порядок оценки (подтверждения) соответствия определяется в соответствующем техническом регламенте Союза на основе типовой процедуры; при этом обеспечивается гармонизация оценочной процедуры с руководствами Комиссии «Кодекс Алиментариус», Международного эпизоотического бюро, иных международных учреждений, уполномоченных в данной области. Таким образом, к началу 2017 г. в рамках Таможенного союза уже утверждено более 2. 500 показателей²⁷.

Приведенные выше свидетельства рецепции норм международного права в сфере глобальной продовольственной безопасности в российском законодательстве и правоприменительной практике не означают окончательного разрешения всех проблем в данной области. До сегодняшнего дня в рамках ЕАЭС не разработана единая методология оценки риска (карантинного, фитосанитарного и пр.), которая была бы основана на базе действующих международных норм. Соответственно, необходимо разработать единые правила контрольно-надзорной деятельности, единую для всех членов ЕАЭС методологию отбора и исследования проб подкарантинной продукции, ввозимой на его территорию²⁸, унифицировать систему юридической ответственности за нарушение карантинных мер.

Насущной необходимостью является обеспечение качества и безопасности пищевой продукции в сфере общественного питания. Речь идет о разработке и внедрении системы менеджмента качества, основанной на всех упомянутых выше международных стандартах. Не разрешены на сегодня и противоречия в системе маркирования продукции: в ЕАЭС до сих пор продолжаются дискуссии о целесообразности сохранения в маркировке указаний об отсутствии в продукции ГМО.

Необходимо в рамках ЕАЭС обеспечить четкую координацию позиций в отношении содержания максимально допустимого уровня (МДУ) остаточного количества антибиотиков тетрациклиновой группы, ветеринарного препарата рактопамина, нитратов, радионуклидов, а также патогенных

²⁷ Доклад Рабочей группы по присоединению Российской Федерации ко Всемирной торговой организации. С. 256 [Электронный ресурс]: // URL: https://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/foreigneconomicactivity/wto/doc20120201_0017 (дата обращения: 24.10.2017)

²⁸ Салиева Р.Н. Преодоление технических барьеров Российской Федерацией после вступления в ВТО // Бизнес, менеджмент и право. [Электронный ресурс]: // URL: https://www.bmpravo.ru/show_stat.php?stat=925 (дата обращения: 23.12.2017)

микроорганизмов, в частности, сальмонелл и *L.monocytogenes*, обеспечить эффективность правового регулирования в данной области с помощью введения стандартов императивного характера. Указанные выше замечания и предложения нацелены на оптимизацию политики в сфере продовольственной безопасности в России и в рамках ЕАЭС. Это не означает, что мировая и европейская практики в данной области безупречны — полагаем, что они также нуждаются в совершенствовании.

Во-первых, сохранение проблемы продовольственной безопасности в глобальном масштабе обуславливает необходимость разработки международно-правовых принципов и норм, имеющих целью формирование права продовольственной безопасности как отдельного подинститута международного гуманитарного права. Полагаем, в частности, что в современных условиях в рамках ООН необходимо разработать рамочную Конвенцию об организации сотрудничества в данной области, которая может стать основой иных международно-правовых договоров, посвященных проблеме международной продовольственной безопасности.

Во-вторых, назрела необходимость уточнения и корректировки содержания отдельных норм Конвенции ООН об оказании продовольственной помощи (1999). Так, необходимо расширить перечень оснований для оказания помощи подобного рода, отнеся к подобным, в частности, необходимость защиты наиболее уязвимых социальных и этнических групп населения. Нуждается в пересмотре механизм оказания помощи — установление принципа обязательности ее поставки исключительно через международные организации исключит возможность злоупотреблений государств-доноров и обеспечит реализацию равенства прав стран, претендующих на ее получение.

Наконец, обеспечение глобальной продовольственной безопасности приводит нас к выводу о необходимости создания международной комиссии для проведения независимого научного исследования влияния продуктов питания, в том числе содержащих ГМО, на здоровье настоящего и будущих поколений.



Библиография

Азходжаева Р.А. Роль ВТО в сфере обеспечения безопасности пищевых продуктов / Актуальные проблемы современного международного права. М.: РУДН, 2006. С. 304–312.

Багрецов Д.Н., Воронин Б.А., Ковин В.Ф. Мировая продовольственная безопасность: состояние проблемы // Аграрный вестник Урала. 2012. № 12. С. 48–53.

Боткин О.И., Сутыгина А.И., Сутыгин П.Ф. Интерпретация понимания продовольственной безопасности на международном уровне // Вестник Удмуртского университета. 2016. Т. 26. Вып. 2. С. 7–13.

Брагина В.И. и др. О совершенствовании нормативного правового обеспечения безопасности пищевых продуктов в условиях торгово-экономической интеграции государств–членов таможенного союза и вступления Российской Федерации в ВТО // Гигиена и санитария. 2013. №1. С. 11–13.

Валетова Ю.А. Международно-правовое обеспечение продовольственной безопасности: дис. ... к. ю. н. М., 2013. 142 с.

Гумеров Р.Р. Методологические вопросы измерения и оценки национальной продовольственной безопасности // Менеджмент и бизнес-администрирование. 2011. № 2. С. 20–32.

Ерасова Е.А., Ващенко К.И. Опыт ЕС в обеспечении продовольственной безопасности // Евразийская интеграция: экономика, право, политика. 2009. № 6. С. 67–72.

Позняковский В.М. Безопасность продовольственных товаров. М.: ИНФРА-М, 2012. 269 с.

Романюк А.В. Международный аспект проблемы продовольственной безопасности // Вестник Тверского государственного университета. Сер. Экономика и управление. 2014. № 1. С. 302–315.

Соколова Н.А. Международно-правовые аспекты биобезопасности // Московский журнал международного права. 2006. № 1. С. 285–395.

Стратегия развития российского бизнеса в условиях ВТО: сборник материалов. М.: Максимус, 2013. 134 с.

Трунк-Федорова М.П. Механизм разрешения споров в рамках всемирной торговой организации и контроль за исполнением решений в этой области: дис. ... д. ю. н. М., 2004. 276 с.

Фенева Е.А. Международные аспекты продовольственной безопасности // KANT. 2015. № 2. С. 4–7.

Фенева Е.А. Продовольственная проблема и продовольственная безопасность на мезоуровне. Ставрополь, 2011. 143 с.

Чуйко Н.А. Международно-правовое регулирование безопасности пищевых продуктов в рамках Всемирной торговой организации: дис. ... к. ю. н. М., 2015. 192 с.

Food Security: International legal Aspects and Russian Law Enforcement Practice



Anna Serafimovich

Senior Lecturer, Chair of Theory and History of State and Law, Kemerovo State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 6 Krasnaya Street, Kemerovo 650000, Russian Federation. E-mail: anna_serafima@mail.ru.



A.Yu. Prosekov

Professor, Kemerovo State University, Doctor of Technical Sciences. Address: 6 Krasnaya Street, Kemerovo 650000, Russian Federation. E-mail: aprosekov@rambler.ru.



Abstract

This article analyzes international legal aspects of food security. The main stages of the formation of the system of international organizations providing global food security (FAO, WHO, ISO) are determined, and the features of the current state of this system.

A special role of FAO in forming the system of international food security as a basis for law enforcement practice in this area was noted. The problem of the correlation of international legal norms in the field of ensuring food security, including a list of basic international standards regulating the quality and safety of products in food, processing industry, trade and public catering enterprises and national law enforcement practice, is disclosed. The conclusion is drawn that there is a feedback between national and international legislation: national regulations and standards are re-sealed by other participants of international organizations and acquire international legal significance. The main issues related to the participation of the Russian Federation in ensuring the global food security problem are considered. The conclusion is formulated that, as a member of ISO and FAO, Russia takes an active part in the project on the development of standards and legislation in the field of food quality and safety in order to ensure harmonization of the latter with international and European requirements, leading to significant changes in the procedure for standardization of food. It is argued Russia's accession to the WTO contributed to the optimization of the order of the domestic regulation of sanitary and phytosanitary standards: their adaptation to WTO requirements is considered by authors as a reflection of the general trend in the reception of the norms of international law in this field. In conclusion attention is drawn to the preservation of a gap in the field of ensuring international food security: the lack of a unified methodology for risk assessment, selection and research of samples of guaranteed products, ensuring the quality and safety of food in the catering industry, and general rules of control and supervision. The conclusion is drawn preservation of global issue of food security necessitates the development of international legal norms aimed at creating right of food security as a separate sub-institution of international humanitarian law.



Keywords

food security, law enforcement practices, World Trade Organization, Food and Agriculture Organization of the United Nations, foodstuffs, food standards.

Citation: Serafimovich A.S., Prosekov A.Yu. (2006) Food Security: International Legal Aspects and Russian Law Enforcement. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 235–253 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.235.254



References

Azkhodzhaeva R.A. (2006) Rol' VTO v obespechenii prodovolstvennoi bezopasnosti. *Problemy sovremennogo mezhdunarodnogo prava* [Role of WTO in the field of ensuring food safety. *Issues of Modern International Law*]. Moscow: Peoples' Friendship University Press, pp. 304–312.

Bagretsov D.N., Voronin B.A., Kovin V.F. (2012) Mirovaya prodovolstvennaya bezopasnost: sostoyanie problemy [World food security as an issue]. *Agrarnyi vestnik Urala*, no 12, pp. 48–53.

Botkin O.I., Sutygina A.I., Sutygin P.F. (2016) Interpretatsia ponomania prodovolstvennoi bezopasnosti na mezhdunarodnom urovne [Interpretation of the understanding of food security at the international level]. *Bulletin of the Udmurt University*, no 2, pp. 7–13.

Bragina V.I. et al. (2013) O sovershenstvovanii pravil prodovolstvennoi bezopasnosti v usloviyah torgovo-ekopnomicheskoi integratsii chlenov tamozhennuh souzov i prisoedinenia Rossii k VTO [On improving food safety rules in the conditions of trade and economic integration of members of customs union and accession of Russia to the WTO]. *Hygiene and Sanitary*, no 1, pp. 11–13.

- Chuiko N.A. (2015) *Miezhdunarodno-pravovoe regulirovanie bezopasnosti pischevykh produktov v VTO*. Dis. ... cand. juridicheskikh nauk [International legal regulation of food safety in the WTO. Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 192 p.
- Erasova E.A., Vashenko K.I. (2009) Opyt ES v obespechenii prodovolstvennoi bezopasnosti [Food security: EU experience]. *Eurasian integration: economics, law, politics*, no 6, pp. 67–72.
- Feneva E.A. (2011) *Prodovolstvennaya problema i prodovostvennaya bezopasnost na mezourovne* [The food issue and food security at the mezo level]. Stavropol: KGU University Press, 143 p. (in Russian)
- Feneva E.A. (2015) Miehdunarodnye aspekty prodovolstvennoy bezopasnosti [International aspects of food security]. *KANT*, no 2, pp. 4–7.
- Gumerov R.R. (2011) Metodologicheskie osnovy izmerenia i otsenki natsionalnoi prodovolstvennoi bezopasnosti [Methods of measuring and assessing the national food security]. *Management and business administration*, no 2, pp. 20–32.
- Poznyakovskiy V.M. (2012) *Bezopasnost prodovolstvennuh tovarov* [The Food Safety]. Moscow: INFRA-M, 269 p. (in Russian)
- Romanyuk A.V. (2014) Miehdunarodnyi aspekt problemy prodovolstvennoi bezopasnosti [International aspect of food security]. *Bulletin of Tver' State University*, no 1, pp. 302–315.
- Savomatova V. Yu. et al (2013) *Strategia razvitiya rossiyskogo biznesa v usloviakh VTO* [Strategy of Russian business in the WTO]. Moscow: Maximus, 134 p. (in Russian)
- Sokolova N.A. (2006) Miehdunarodno-pravovye aspekty biobezopasnosti [International legal aspects of biosafety]. *Moskovskiy zhurnal miezhdunarodnogo prava*, no 1, pp. 285–395.
- Trunk-Fedorova M.P. (2014) *Mehanizm razresheia sporov vnutri VTO i kontrol za ispolneniem resheniy*. Dis. ... dokt. juridicheskikh nauk [Machinery for resolving disputes within WTO and control upon implementation of decisions. Doctor of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 276 p.
- Valetova Yu. A. (2013) *Miezhdunarodno-pravovoye obespechenie prodovolstvennoi bezopasnosti*. Dis. ... candidate juridicheskikh nauk [International legal support of food security. Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 142 p.

Правовая природа устных международных договоров

 **Ю.С. Ромашев**

профессор департамента общих и межотраслевых юридических дисциплин факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: romashev_us@mail.ru

 **Н.В. Остроухов**

профессор кафедры международного права факультета права Российского университета дружбы народов, доктор юридических наук. Адрес: 117198, Российская Федерация, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6. E-mail: ostroukhov_nv@gov.ru

Аннотация

К одному из менее исследованных в правовой науке и редко используемых в практике межгосударственных отношений источников международного права можно отнести устные международные договоры. Ввиду этого в представленной статье на основе диалектического метода исследования, использования общенаучных методов исследования, а также таких частно-научных методов как: историко-правовой, сравнительно-правовой, метод правового моделирования и правового прогнозирования, представлены результаты исследования правовой природы устных международных договоров. В работе показаны положительные стороны и недостатки таких договоров, отношение к ним в доктрине международного права. Поднимается вопрос повышения их роли в регулировании межгосударственных отношений. Рассматриваются обычные и договорные нормы международного права, регулирующие процесс заключения, действия, изменения, прекращения действия устных международных договоров и другие вопросы, связанные с их функционированием. Описывается история формирования устных международных договоров, приводятся их примеры. Показывается сходство и различие между устными и письменными международными договорами, взаимодействие устных международных договоров с внутригосударственным правом. Раскрывается соотношение термина «устный международный договор» с такими терминами, как «джентльменское соглашение», «устное соглашение», «устная договоренность». Обосновываются требования, которым должны удовлетворять современные устные международные договоры. Среди них: соответствие устных международных договоров общепризнанным принципам международного права (как и для письменных международных договоров членов ООН), непротиворечие Уставу ООН, а также законодательству своих государств; их заключение в рамках полномочий должностных лиц, предоставляемых национальным законодательством, международными обычаями или международными договорами соответствующих государств. Показано, что намерение сторон заключить юридически обязательный устный международный договор, убежденность государств, иных субъектов международного права в его юридической силе являются основными признаками, позволяющими выделить такого рода договор среди иных соглашений на международной арене, не имеющих юридически обязательно-

го характера. Под устным международным договором предлагается понимать юридически обязательное международное соглашение, заключенное между государствами, иными субъектами международного права их уполномоченными представителями в устной форме и регулируемое международным правом, независимо от его наименования («устный международный договор», «устное соглашение», «джентльменское соглашение» и т.п.) и возможного его дальнейшего документального закрепления, призванное регулировать межгосударственные отношения и обеспечиваемое принудительной силой заключивших его субъектов международного права.



Ключевые слова

международное право, источники международного права, международный договор, устный международный договор, джентльменское соглашение, международные отношения.

Библиографическое описание: Ромашев Ю.С., Остроухов Н.В. Правовая природа устных международных договоров // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 4. С. 254–269.

JEL: K33 УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.254.269

Одними из важных и недостаточно исследованных вопросов права международных договоров являются правовая природа, порядок заключения, действия, изменения, прекращения и другие вопросы, связанные с функционированием устных международных договоров. Видимо, это связано с низкой активностью использования этого правового института для регулирования межгосударственных отношений по сравнению с письменными международными договорами. Как правило, это вызвано неафишированием их заключения, некоторым недоверием к ним, сложностями идентификации среди других соглашений на международной арене, а также неоднозначной оценкой их юридической обязательности.

Вместе с тем сложилась в целом устойчивая практика заключения устных международных договоров, которая имеет давнюю историю и которая приобрела современный цивилизованный вид после международно-правовой реформы, вызванной принятием Устава ООН (1945). Заключение такого рода договоров имеет преимущества. Они более мобильны и могут гибко учитывать текущие потребности межгосударственных отношений, дают возможность пересмотра их положений при изменении обстоятельств¹. Их использование ускоряет и упрощает процедуру заключения небольших по

¹ *Lipson C. Why are some international agreements informal? // International Organization. 1991. Vol. 45. No. 4. P. 501.*

объему международных договоров. Стороны более свободно могут устанавливать пределы своих действий. Если устные международные договоры соответствуют национальным законам его участников, то государства, как правило, не обременены необходимостью их ратификации в законодательных органах. Практика свидетельствует, что использование такого источника права помогало избегать ненужных внутривнутриполитических дискуссий. Вместе с тем, когда о заключении устных международных договоров становилось все же известно, то это нередко приводило к недовольству обществу заключивших их государств.

Исследованию проблематики, связанной с правом устных международных договоров как составной части права международных договоров, посвящено не так много научных работ. К числу ученых, уделявших некоторое внимание данному вопросу, можно отнести И.И. Лукашука, С.В. Черниченко, Е. Ульмана, Ц. Сяочэна, Я. Клабберса² и некоторых других исследователей в области международного права, которые рассматривали в своих работах отдельные вопросы, связанные с природой таких договоров, высказывали в отношении них свою точку зрения. В нашей стране правовой институт устных международных договоров вскользь рассматривается в учебниках международного права³. Во многих научных трудах основное внимание сосредотачивается на письменных договорах и не уделяется должного внимания такому уникальному источнику международного права.

В доктрине международного права наблюдаются диаметрально противоположные точки зрения в отношении данного правового источника. Большинство ученых, которые писали об устных международных договорах, признавали их существование⁴. По их мнению, общеобязательной формы заключения международных договоров не существует. Хотя есть и скептики в отношении таких договоров⁵. Заметим, что несовпадающие точки зрения относительно содержания устных международных договоров имеют место даже в лагере их сторонников. Вместе с тем, в документах Комиссии между-

² Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том I. Заключение международных договоров М.: Волтерс Клувер, 2004. 658 с.; *его же*. Современное право международных договоров. Том 2. Действие международных договоров М.: Волтерс Клувер, 2006. 496 с.; Черниченко С.В. Контуры международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014. 592 с.; Ullmann E. *Völkerrecht*. Tübingen, 1908. S. 555; Xiaocheng Q. Oral International Agreement and China's Relevant Practice // *Chinese Journal of International Law*. 2005. Issue 2. P. 465-480; Klabbbers J. *The Concept of Treaty in International Law*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1996. 307 pp.

³ Международное право / под общ. ред. А.В. Капустина. М.: Гардарики, 2008. 617 с.; Международное право / отв. ред. д.ю.н., проф. С.А. Егоров. М.: Статут, 2016. 848 с.; Международное право / отв. ред. Б.Р. Тузмухамедов. М.: Норма, 2014. 576 с. и др.

⁴ Ullmann E. *Op. cit.* S. 271.

⁵ Международное право / под общ. ред. Е.А. Коровина. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1951. С. 399.

народного права подтверждалось существование устных международных договоров и наличие их юридической силы⁶.

Существование устных международных договоров подтверждено практикой межгосударственных отношений. Это, по нашему мнению, сложившаяся обычная норма международного права. Вопросы, связанные с устными международными договорами, обсуждавшиеся в Комиссии международного права⁷, нашли отражение в Венской конвенции о праве международных договоров (1969) (далее — Конвенции 1969 г.).

Одна из причин, вызывавших критику устных международных договоров, была обусловлена тем, что их заключение, по мнению многих юристов и политиков, часто носит «закулисный» характер в ущерб интересам слабых в экономическом, политическом и военном отношении государств, является инструментом тайной дипломатии. Вместе с тем, борьба с негласными международными договорами не может, по нашему мнению, лишать государства права заключать договоры, носящие конфиденциальный характер, но не противоречащие основным принципам международного права, императивным нормам общего международного права (*jus cogens*). При выполнении данных условий отсутствует возможность признания устных международных договоров ничтожными с момента их заключения. Этот вывод базируется на ст. 53 Конвенции 1969 г., хотя известно, что ее положения регулируют вопросы, связанные с письменными межгосударственными договорами.

На наш взгляд, приведенное условие правомерности является обычной нормой права международных договоров и распространяется, в том числе и на устные международные договоры. Вместе с тем надо понимать, что на такого рода неопубликованные и незарегистрированные в ООН международные договоры стороны, согласно ст. 102 Устава ООН, не могут ссылаться ни в одном из ее органов, в том числе в Международном Суде ООН. Можно предположить, что участники устных международных договоров этой цели и не преследуют. Заключая такие, не всегда гласные договоры, государства не хотят их оглашения в мире, стремятся не снизить их полезного эффекта или не нанести ущерба своим национальным интересам. Гласные международные разбирательства им, видимо, также не нужны. Вместе с тем, сам факт нерегистрации устного или иного международного договора или его неопубликование не лишают договор юридической силы, что отмечалось и в доктрине международного права⁸.

⁶ Документ ООН Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, pp. 189, 190.

⁷ Документ ООН Doc. A/CN.4/101. March 14. 1956. Art. 1 (1).

⁸ См., напр.: Комментарий к Федеральному закону «О международных договорах Российской Федерации» М.: Спарк, 1996. С. 85.

Договорное право содержит не так много специальных норм, посвященных устным международным договорам. О наличии такого рода договоров указывается в Конвенции 1969 г. В ст. 3 говорится, что тот факт, что настоящая Конвенция не применяется к международным соглашениям не в письменной форме, не затрагивает юридической силы таких соглашений. Вместе с тем, на наш взгляд, нельзя считать, что Конвенция 1969 г. закрепила возможность существования устных международных договоров и указала на их юридическую силу. Такого рода договоры, как известно, заключались и до принятия Конвенции 1969 г. Она, по нашему мнению, подтвердила факт существования специальных договорных норм применительно к праву международных договоров, имевшего ранее преимущественно обычно-правовой характер. Ее положения не отменяют обычных норм права международных договоров, а лишь конкретизируют и развивают большинство из них. В Преамбуле Конвенции 1969 г. на этот счет говорится, что нормы международного обычного права будут по-прежнему регулировать вопросы, которые не нашли решения в ее положениях.

Поэтому источниками правового института «право устных международных договоров» в своей основе, как и в целом общего права международных договоров, пока являются обычные нормы международного права. Это точка зрения совпадает с воззрениями других ученых, согласно которым (что касается международной практики) «устные договоры» или «устные обязательные соглашения» фактически подвергаются одному и тому же своду норм общего международного права⁹.

По правовой природе устные международные договоры — соглашения между государствами, иными субъектами международного права, являющиеся для них юридически обязательными независимо от их наименования. Главная особенность международного права с точки зрения его юридической природы заключается в том, что нормы международного права создаются и признаются обязательными на основе соглашения между государствами, которое достигается путем согласования их воли¹⁰.

Наиболее сложными вопросами как в теории, так и на практике являются идентификация устного международного договора, выявление его отличий от политических, личных или иных соглашений или договоренностей, не являющихся юридически обязательными. Нередко устные международные договоры именуют «джентльменскими соглашениями» (англ. *gentlemen's agreements*). Данное понятие появилось в международной практике во второй половине XIX в. и до настоящего времени не исчезло в международной практике¹¹.

⁹ *Xiaocheng Q. Op. cit. P. 470.*

¹⁰ *Левин Д.Б. Актуальные проблемы теории международного права. М.: Наука, 1974. С. 29.*

¹¹ *Xiaocheng Q. Op. cit. P. 465.*

Так, согласно американо-японскому джентльменскому соглашению (1907) Япония согласилась не давать паспортов эмигрантам в США за исключением своих граждан, принадлежащих к определенным профессиям. В ответ президент США Теодор Рузвельт согласился призвать власти Сан-Франциско отменить дискриминацию японских детей, которые были отделены от белых учащихся в школах¹². В 1908 году канадский министр труда Родольф Лемье заключил устное соглашение с министром иностранных дел Японии Тадасу Хаяси о запрете иммиграции из Японии в Канаду¹³. Джентльменское соглашение о взаимной поддержке в деле предотвращения угрозы военного нападения, а также об оказании друг другу помощи и поддержки в случае нападения какого-либо третьего государства на любую из сторон было заключено между СССР и Монгольской Народной Республикой 27 ноября 1934 г. В дальнейшем оно получило письменное оформление в двустороннем Протоколе, подписанном 12 марта 1936 г.¹⁴ При подписании Пакта о ненападении между СССР и Китаем в 1937 г. по инициативе советской стороны было достигнуто дополняющее этот пакт джентльменское соглашение, согласно которому Китай во время действия Пакта не подпишет соглашения ни с одним из государств так называемого антикоммунистического договора¹⁵. 18 августа 1940 г. США и Канада заключили джентльменское соглашение о создании постоянного Объединенного бюро обороны¹⁶. В 1946 г. СССР, США, Англия и другие государства-члены ООН заключили такого рода соглашение о принципе географического распределения мест для непостоянных членов Совета Безопасности ООН¹⁷. Практике также известны джентльменские соглашения в отношении членства в Комиссии международного права, а также о правилах голосования на Конференции ООН по морскому праву, одобренные Генеральной Ассамблеей ООН¹⁸. 23 октября 1949 года испанский каудильо Франко заключил джентльменское соглашение с президентом Португалии Салазаром о военном вмешательстве¹⁹. Уст-

¹² Available at: // URL: <https://www.britannica.com/event/Gentlemen-Agreement> (дата обращения: 30.04.2018)

¹³ В соответствии с положениями данного соглашения японское правительство согласилось на добровольное ограничение числа японских иммигрантов, прибывающих в Канаду на ежегодной основе. Available at: // URL: <https://www.pier21.ca/research/immigration-history/gentlemen-agreement-1908> (дата обращения: 30.04.2018)

¹⁴ Международное право / под общей редакцией Е.А. Коровина. С. 399.

¹⁵ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том I. С. 539.

¹⁶ Энциклопедия юриста [Электронный ресурс]: // URL: <http://determiner.ru/termin/dzhentlmenское-soglashenie.html> (дата обращения: 30.04.2018)

¹⁷ Талалаев А.Н. Юридическая природа международного договора. М.: ИМО, 1963. С. 82.

¹⁸ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том I. С. 540.

¹⁹ Widdows K. On the Form and Distinctive Nature of International Agreements // Australian Year Book of International Law (1976-1977). Melbourne: Australian National University Press, 1977. P. 117.

ное соглашение, направленное на установление дипломатических отношений между государствами, было заключено в Москве в 1955 г. Председателем Совета Министров СССР и Канцлером ФРГ²⁰. Во время переговоров в 1960 г. между США и Японией о пересмотре их Договора о безопасности было достигнуто секретное устное соглашение о том, что американские военные корабли и самолеты, имеющие на борту ядерное оружие, могут заходить в порты и приземляться на аэродромах Японии. 11 сентября 1969 г. в ходе переговоров, проходивших в Пекинском аэропорту и длившихся более трех часов, было достигнуто устное советско-китайское джентльменское соглашение между А.Н. Косыгиным и Чжоу Энь-лаем о решении проблем, связанных с пограничными вооруженными столкновениями, возобновлении телефонной связи между лидерами двух государств и ежегодных торговых переговоров, о заключении ежегодных торговых протоколов, а также об обмене послами²¹. В августе 1970 г. заместитель главы правительства Таиланда сообщил о заключении с Пномпеном джентльменского соглашения, которое предусматривает возможность вступления таиландских войск на камбоджийскую территорию²². В 1992 г. состоялось устное телефонное соглашение между премьер-министрами Дании и Финляндии, касающееся моста Большой Бельт²³.

Вместе с тем как в доктрине, так и в практике международных отношений понятие «джентльменское соглашение» используется для обозначения различных актов — от морально-политических до международно-правовых обязательств²⁴. Так, Большой юридический словарь определяет «джентльменское соглашение» как особый вид неформального международного соглашения (договоренности). В отличие от обычных договоров их несоблюдение влечет (как правило) последствия только морального плана. В Словаре указывается, что такие соглашения заключаются в письменной или устной форме и подпадают под действие принципа добросовестного выполнения международных обязательств²⁵. Словарь-справочник «Экономика и право» джентльменские соглашения относит к разряду соглашений в упрощенной форме и предполагает доверительные отношения между сторонами²⁶. Словарь международного права определяет этот термин как особый вид нефор-

²⁰ *Xiaocheng Q.* Op. cit. P. 472.

²¹ *Ibid.* P. 474.

²² *Лукашук И.И.* Указ. соч. С. 539, 540.

²³ *Dörr O, Schmalenbach K.* Editors Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary. Berlin: Springer, 2012. P. 51.

²⁴ *Лукашук И.И.* Указ. соч. С. 540.

²⁵ [Электронный ресурс]: // URL: https://petroleks.ru/dictionaries/dict_big_law6.php (дата обращения: 30.04.2018)

²⁶ [Электронный ресурс]: // URL: <http://determiner.ru/termin/dzhentlmenskoe-soglashenie.html> (дата обращения: 30.04.2018)

мального международного договора. При этом указывается на возможность его как устной, так и письменной форм²⁷.

Среди сторонников неправовой природы джентльменских соглашений есть точка зрения, что такие соглашения в настоящее время охватывают не только личные обязательства должностных лиц, но и моральные обязательства государств. При этом смена должностных лиц не влечет за собой прекращения обязательств государства. Вместе с тем утверждается, что, несмотря на неправовой характер, джентльменские соглашения тем не менее представляют собой нормативное явление, а установленные ими правила регулируют межгосударственные отношения. Стороны считают себя связанными их положениями и требуют друг от друга их уважения; такие соглашения обязывают политически или морально²⁸. При этом, называя их договоренностями, авторы не отрицали, что *gentlemen`s agreements* могут формулировать обстоятельства и регулировать поведение²⁹. И.И. Лукашук считал, что в точном смысле термин «джентльменские соглашения» означает упрощенную форму международного соглашения в устной форме, обладающего морально-политической, а не юридической обязательной силой³⁰.

Есть и иная точка зрения, согласно которой джентльменские соглашения ассоциируют с устными правовыми международными договорами. В качестве примеров нередко приводятся устные соглашения между понтийским царем Митридатом и римским военачальником Суллой (84 г. до н.э.), между Людвигом Немецким и Карлом Лысым (870 г.), между Петром Великим и Фридрихом I (1697)³¹. В 1696 г. таким образом был заключен союз между Петром I и Августом II³².

Есть и промежуточная точка зрения. Так, С.В. Черниченко отмечает, что, по-видимому, устные договоры, как бы их ни называли, могут быть и юридически обязывающими актами³³.

Конечно, нельзя отождествлять джентльменские соглашения по личным, частным вопросам с соглашениями, направленными на регулирование межгосударственных отношений, создающими правоотношения между государствами, иными субъектами международного права. Несомненно, устное соглашение в своей основе всегда основывалось на честном слове, на мо-

²⁷ Словарь международного права. М.: Международные отношения, 1982. С. 39, 40.

²⁸ Лукашук И.И. Указ. соч. Том I. С. 538.

²⁹ Международное право = *Volkerrecht* / Витцтум В. и др.; пер. с нем. М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 41.

³⁰ Лукашук И.И. Указ. соч. С. 540.

³¹ *Dörr O, Schmalenbach K.* Op. cit. P. 51.

³² Международное право / под общ. ред. Е.А. Коровина. С. 399.

³³ Черниченко С.В. Указ. соч. С. 125.

ральной ответственности тех, кто его давал. Невыполнение одной из сторон устного соглашения подрывало ее авторитет. Подобные действия приносили нарушителю не только моральные, но и политические издержки. Данная сторона лишалась и договороспособности, а у противоположной стороны появлялись сомнения, что с таким государством или конкретным должностным лицом можно о чем-либо договариваться кроме как в письменной форме, или что в отношениях с таким партнером по межгосударственным вопросам следует проявлять особую осторожность.

То же самое можно сказать в отношении устных международных соглашений, затрагивающих политическую или военную сферу. В случае их нарушения ввиду их значимости и важности для межгосударственных отношений наносится большой политический ущерб отношениям сторон. При этом страдает и авторитет стороны, нарушившей свое обязательство. Много споров идет о джентльменском соглашении, заключенным М. Горбачевым и западными лидерами о нерасширении НАТО на Восток. Не сдержавшие этого обязательства страны Запада стали утверждать, что такого устного соглашения не было. Это подрывает доверие к таким «партнерами» и ставит вопрос о заключении с ними только письменных международных договоров по особо важным вопросам международных отношений.

Заметим, что наряду с термином «джентльменские соглашения» для обозначения устных соглашений используют термины «нормативные джентльменские соглашения», «политические соглашения», «соглашения de facto», «необязывающие соглашения», «моральные соглашения», «соглашения мягкого права», «незаконные или неправовые соглашения», «соглашения, лишённые юридической силы», «необязательные соглашения», «международные договоренности»³⁴ и др.

Юридическая обязательность устного, как и письменного международного договора основывается на принципе добросовестного выполнения своих международных обязательств — одном из общепризнанных и основных принципов международного права. Из теории международного права известно, что за нарушение международного обязательства наступает или политическая, или (и) материальная ответственность. Как показывает практика, в случае устных международных договоров при их нарушении возникает политическая ответственность, предусматривающая моральное удовлетворение пострадавшей стороны, как правило, в форме сатисфакции.

По нашему мнению, признаком устного международного договора, отличающим его от обычного соглашения или простой договоренности, не имеющих юридически обязательного характера, является *намерение сторон заключить такого рода договор*, обеспечиваемый принудительной силой

³⁴ Klabbers J. Op. cit. P. 18.

государства по реализации его положений. При этом должна присутствовать *убежденность его участников в юридической силе такого соглашения*, его положений, своего рода *opinio juris* для международных обычаев. В свою очередь, для письменных международных договоров такого рода намерением является установленная международным правом и национальным законодательством процедура выражения субъектом международного права юридической обязательности договора. И.И. Лукашук отмечал, что важно выраженное намерение заключить договор³⁵. В Справочном руководстве сборника договоров ООН отмечается, что, хотя устные соглашения могут быть редкими, они могут иметь такую же обязательную силу, что и договоры в зависимости от намерения сторон³⁶. Это, на наш взгляд, основные признаки. Например, свидетельством заключения устного международного договора может являться предложение одной из сторон не заключать письменного международного договора, а ограничиться негласным джентльменским соглашением такой же юридической силы.

В то же время устные соглашения и договоренности исключительно морально-политического плана имеют место тогда, когда стороны не настаивают на их юридической обязательности и не предполагают, что в будущем они не будут выражать протеста или требовать иных компенсационных мер в случае невыполнения своих обязательств. Поэтому, на наш взгляд, дискуссии по поводу обязательности устных международных соглашений, использования при этом различных терминов — «устный международный договор», «устное соглашение», «джентльменское соглашение», «устная договоренность» и т.п. — не имеют смысла. Важно знать, каких установок придерживаются его участники, значение соглашения и намерения сторон. Родовым термином для «устного международного договора» является термин «международный договор».

Субъектами заключения устных международных договоров являются государства, иные субъекты международного права, как правило, в лице глав государств, правительств, ведомств иностранных дел. Это является сложившимся международным обычаем, вне зависимости от того, что данный вопрос специально не предусмотрен в законодательстве. В прошлом министры иностранных дел ограничивались в основном заключением соглашений в форме совместных заявлений, обмена нотами и джентльменских соглашений. Так, в заявлении ТАСС (март 1957 г.) сообщалось, что США взяли на себя гарантии в отношении Израиля по джентльменскому соглашению между главами ведомств иностранных дел этих государств³⁷. Заключение, в

³⁵ Лукашук И.И. Указ. соч. С. 533.

³⁶ United Nations Treaty Collection (Treaty Reference Guide). Available at: // URL: https://www.gc.noaa.gov/documents/gcil_treaty_guide.pdf (дата обращения: 10.09.2018)

³⁷ Лукашук И.И. Указ. соч. С. 372, 539.

том числе и устных международных договоров межведомственного характера может быть возложено законодательством на органы исполнительной власти в лице их руководителей. Не исключено, что такого рода договоры могут заключать и иные должностные лица государств или иных субъектов международного права, имеющие необходимые полномочия.

Смена должностных лиц, заключивших устный международный договор, не должна прекращать действия такого соглашения, если только это не их «личные» обязательства. По мнению И.И. Лукашука, даже «личные» обязательства своего предшественника новый президент не может с легкостью игнорировать³⁸.

Обобщив практику заключения рассматриваемого вида международных договоров, международные обычаи и доктрины ученых в данной области, можно прийти к следующим общим оценкам. В зависимости от уровня заключения устные международные договоры можно подразделять на традиционные виды — межгосударственные, межправительственные и международные договоры межведомственного характера. Теоретически устные международные договоры могут быть и многосторонними. Однако, как показывает практика, его участниками является ограниченное число государств, чаще всего заключаются двусторонние договоры.

По содержанию устные международные договоры не являются классическими, а относятся к разновидностям договоров, заключенных в упрощенной форме. Они, как правило, регулируют какой-либо узкий вопрос международного сотрудничества и содержат небольшое количество норм. Устные международные договоры даже могут содержать какое-либо одно обязательство. Причем такие договоры могут представлять собой индивидуальные акты. Не исключено, что в устном международном договоре, так же, как и в письменном, могут содержаться, в том числе нормы рекомендательного характера — нормы международного «мягкого» права.

По сроку действия устные международные договоры, как правило, не имеют долгосрочного характера и рассчитаны на небольшой срок, нередко на разовые события, так как нередко зависят от политического доверия государств и их представителей. Политические отношения, как известно, недолговременны.

Процедура заключения устных международных договоров регулируется нормами общего международного права. Для них не свойственна процедура заключения письменных договоров. На внутрисударственном уровне такой вопрос теоретически должен регулироваться законодательством государства. Однако редко можно встретить подобного рода законы или подзаконные нормативные правовые акты. Федеральный закон от 15.07.1995

³⁸ Там же. С. 551.

№ 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» таких процедур не предусматривает, как и упоминания об устных международных договорах. Не исключено, что разработчики данного Закона полагали, что этот вопрос является исключительно прерогативой международных обычаев, а согласно ч. 4. ст. 15 Конституции России общепризнанные нормы международного права, т.е. международные обычаи, как это считают многие ученые и практики³⁹, являются составной частью правовой системы Российской Федерации.

Устный международный договор, очевидно, может быть изменен его сторонами. Он может прекратить свое существование в случаях: согласия на это его сторон; коренного изменения обстоятельств, при которых он был заключен. Такого рода договор может быть прекращен в случае существенного невыполнения одной из сторон его положений.

Говоря о трансформации норм устных международных договоров в национальное право, то только законодательство конкретного государства определяет способ, с помощью которого подобного рода договоры становятся частью правовой системы государства, а также способ рецепции, т.е. текстуального включения во внутригосударственную нормативно-правовую базу.

Устные международные договоры могут быть трансформированы в отдельные международные документы (коммюнике, письменные заявления, протоколы по результатам переговоров и т.п.), что не меняет их устного характера. Но, как указывает С.В. Черниченко, они служат доказательством заключения такого рода договоров, передавая их содержание⁴⁰. Такого рода договоры могут найти отражение в международных документах в виде ссылок, указывающих на их существование. В международных договорах нередко содержатся положения о возможности заключения в их развитие договоренностей, в том числе юридически значимых.

Способ промульгации устных международных договоров также является прерогативой самого государства. Это публикация в официальных сборниках международных договоров, как это имело место в период существования СССР. Процедура подобного характера может найти отражение в законодательстве конкретного государства. Так, в 1982 г. Конгресс США внес поправку в Закон о публикации международных договоров (1972), согласно которой установил порядок письменного закрепления устных соглашений.

Таким образом, можно выделить требования, которым должны удовлетворять современные устные международные договоры. На наш взгляд, такого рода договоры должны: 1) соответствовать общепризнанным принципам

³⁹ Ильинская О.И. Вопросы применения международных обычно-правовых норм // Журнал российского права. 2012. № 11. С. 114.

⁴⁰ Черниченко С.В. Контуры международного права. С. 125.

международного права; 2) как и письменные международные договоры членов ООН, не противоречить Уставу ООН; 3) не противоречить законодательству своих государства. В противном случае, согласно законодательству многих государств, такие договоры, как правило, подлежали бы ратификации, что, как показывает практика, несовместимо с характером и необходимостью заключения подобных договоров; 4) заключаться в рамках полномочий должностных лиц, предоставляемых национальным законодательством и международным правом.

Смена должностных лиц, представляющих государство, иных субъектов международного права при заключении устного международного договора, не должна влечь за собой прекращения международных обязательств. Если сторона такого договора ссылается на него как на личные обязательства предшественников, то другая сторона может быть не связана договорными обязательствами.

Основными признаками, позволяющими отделить устный международный договор от иных юридически необязательных устных международных соглашений и договоренностей, как указывалось выше, являются намерение сторон заключить такого рода договор, их убежденность в его юридической силе, на что сторонам важно обращать внимание при его заключении.

Можно сформулировать следующее определение: **устный международный договор** — это юридически-обязательное международное соглашение, заключенное между государствами или иными субъектами международного права их уполномоченными представителями в устной форме и регулируемое международным правом, независимо от его конкретного наименования («устный международный договор», «устное соглашение», «джентльменское соглашение» и т.п.) и возможного дальнейшего документального закрепления, призванное регулировать межгосударственные отношения и обеспечиваемое принудительной силой заключивших его субъектов международного права.



Библиография

Ильинская О.И. Вопросы применения международных обычно-правовых норм // Журнал российского права. 2012. № 11. С. 114–125.

Левин Д.Б. Актуальные проблемы теории международного права. М.: Наука, 1974. 264 с.

Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 1. Заключение международных договоров: в 2 т. М.: Волтерс Клувер, 2004. 658 с.

Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том 2. Действие международных договоров: в 2 т. М.: Волтерс Клувер, 2006. 496 с.

Международное право / под общ. ред. Е.А. Коровина. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1951. 600 с.

Международное право = *Volkerrecht* / Витцтум В. и др.; пер. с нем. М.: Инфотропик Медиа, 2011. 962 с.

Словарь международного права. М.: Международные отношения, 1982. 248 с.

Талалаев А.Н. Юридическая природа международного договора. М.: ИМО, 1963. 264 с.

Черниченко С.В. Контурь международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014. 592 с.

Ullmann E. *Völkerrecht*. Tübingen: Mohr, 1908. VIII, 555 S.

Xiaocheng Q. Oral International Agreement and China's Relevant Practice // *Chinese Journal of International Law*. 2005. Issue 2. P. 465–480.

Dörr O., Schmalenbach K. Editors Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary. Berlin: Springer, 2012. 1423 p.

Klabbers J. The Concept of Treaty in International Law. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1996. 307 pp.

Lipson C. Why are Some International Agreements Informal? // *International Organization*. 1991. Vol. 45. No. 4. P. 495–538.

Widdows K. On the Form and Distinctive Nature of International Agreements // *Australian Yearbook of International Law 1976–1977*. Melbourne: Australian National University Press, 1977. P. 114–128.

Legal Nature of Oral International Treaties



Yuriy S. Romashev

Professor, Department of International Public and Private Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: romashev_us@mail.ru



Nikolai V. Ostroukhov

Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Russian University of Peoples' Friendship, Doctor of Juridical Sciences. Address: 6 Miklukho-Maklaya Str., Moscow 117198, Russian Federation. E-mail: ostroukhov_nv@gov.ru



Abstract

Oral international treaties can be attributed to one of the sources of international law that are less studied in the legal sciences and rarely used in the practice of interstate relations. Therefore, in the presented article on the basis of dialectical method of research, use of general scientific methods of research, as well as such private scientific methods as: historical legal, comparative legal, method of legal modelling and legal forecasting, the results of the study of legal nature of oral international treaties are presented. The work shows the advantages and disadvantages of such treaties and their attitude to them in the doctrine of international law. The issue of increasing their role in regulating interstate relations is raised. Ordinary and treaty rules of international law governing the process of conclusion, action, amendment, termination of oral international treaties and other matters related to their functioning are considered. The history of formation of oral international agreements are described, their examples are given. Similarity and distinction between oral and written international treaties, interaction of oral international

treaties and domestic law are shown. The correlation of the term “oral international agreement” with such terms as “gentleman’s agreement”, “verbal agreement”, “verbal arrangement” is revealed. The requirements to be satisfied by modern oral international treaties are substantiated. Among them: conformity of oral international treaties with universally recognized principles of international law (as well as for written international treaties of UN members), non-contradiction of the UN Charter, as well as the legislation of its States; their conclusion within the powers of officials provided by national legislation, international customs or international treaties of the States concerned. It is shown that the intention of the parties to conclude a legally binding oral international treaty, the conviction of States and other subjects of international law in its legal force are the main signs that allow to distinguish this kind of Agreement among other agreements in the international arena that are not legally binding. An oral international treaty proposes to understand the legally binding international agreement concluded between States, other subjects of international law by their authorized representatives orally and regulated International law, regardless of its specific name (“oral international treaty”, “verbal agreement”, “gentleman’s agreement”, etc.) and its possible further documentation, designed to regulate inter-state relations and enforced force of the constituent entities of international law.



Keywords

international law; sources of international law; international treaty; oral international treaty; gentleman agreement; international relations.

Citation: Romashev Yu.S., Ostroukhov N.V. (2018) Legal Nature of Oral International Treaties. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 254–269 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.254.269



References

Chernichenko S.V. (2014) *Kontury mezhdunarodnogo prava* [The contours of international law]. Moscow: Nauchnaya kniga, 592 p. (in Russian)

Dörr O., Schmalenbach K. (2012) *Editors of Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*. Berlin: Springer, 1423 p.

Il'inskaya O.I. (2012) Voprosy primeneniya mezhdunarodnykh obychno-pravovykh norm [Application of customary international law]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 11, pp. 114–125.

Klabbers J. (1996) *The Concept of Treaty in International Law*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 307 pp.

Levin D.B. (1974) *Aktual'nyye problemy teorii mezhdunarodnogo prava* [Issues of the theory of international law]. Moscow: Nauka, 264 p. (in Russian)

Lipson C. (1991) Why are some international agreements informal? *International Organization*, no. 4, pp. 495–538.

Lukashuk I.I. (2004) *Sovremennoye pravo mezhdunarodnykh dogovorov* [Modern law of international treaties]. T. 1. *Zakluchenie mezhdunarodnykh dogovorov* [Concluding international treaties]. Moscow: Wolters Kluwer, 658 p. (in Russian)

Lukashuk I.I. (2004) *Sovremennoye pravo mezhdunarodnykh dogovorov* [Modern law of international treaties]. T. 2. *Deistviye mezhdunarodnykh dogovorov* [Implementation of international treaties]. Moscow: Wolters Kluwer, 496 p. (in Russian)

- Mezhdunarodnoye pravo* (1951) [International law] E.A. Korovin (ed.). Moscow: Gosudarstvennoye izdatel'stvo yuridicheskoy literatury, 600 p. (in Russian)
- Slovar' mezhdunarodnogo prava* (1982) [Dictionary of International Law]. Moscow: Mezhdunarodnyye otnosheniya, 248 p. (in Russian)
- Talalayev A.N. (1963) *Yuridicheskaya priroda mezhdunarodnogo dogovora* [Legal nature of the international treaty]. Moscow: IMO Press, 264 p. (in Russian)
- Ullmann E. (1908) *Völkerrecht*. Tübingen: Mohr, VIII, 555 S.
- Vittstum W. et al. (2011) *Mezhdunarodnoe pravo [Volkerrecht]*. Moscow: Infotropik Media, 962 p. (in Russian)
- Widdows K. (1977) On the Form and Distinctive Nature of International Agreements. *Australian Year Book of International Law*. Melbourne: Australian National University, pp. 114–128.
- Xiaocheng Q. (2005) Oral International Agreement and China's Relevant Practice. *Chinese Journal of International Law*, issue 2, pp. 465–480.

Challenges to Competition of Geographic Restrictions to Online Sales of Goods and Digital Content

 **Christopher Hutchinson**

Teacher and Researcher, Department of Legal Regulation of Economic Activities, Financial University under the Government of the Russian Federation. Address: 49 Leninskoy Prospekt, Moscow 125993, Russian Federation. E-mail: KSYUchinson@fa.ru

Abstract

When European consumers wish to make an online purchase from a business located in a Member State of the European Union other than their home country, they are often offered higher prices or less favorable terms than those enjoyed by local consumers. This situation should change after the adoption by the Council of the European Union on February 27, 2018 of the Regulation on the prohibition of “geo-blocking” practices. Once this law enters into force in December this year, online traders will have to serve foreign consumers “the same as the locals”. From buying Swedish furniture on an Italian website to renting a car for their next holidays, EU consumers will not have to pay higher prices, be offered different conditions or have their credit card refused because they live in another EU member state. This law is just one of the 16 measures initiated by the Commission as part of its Digital Single Market Strategy for Europe aiming at removing restrictions to competition imposed by suppliers on selling goods and digital content to customers located in another member state. Other key measures include harmonized European Union rules on contracts for the supply of digital content and for online sales of goods, cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, efficient and affordable cross-border parcel delivery, simplified VAT rules, copyright modernization and assessment of the role of online platforms and intermediaries. A fully functioning digital single market has the potential to contribute on the order of EUR 415 billion per year to European GDP.

Keywords

Online business, barriers to cross-border e-commerce, digital content, geo-blocking, re-routing customers, restrictions to competition, Digital single market for the EU, prohibition of geo-blocking, cross-border portability.

Citation: Hutchinson C.S. (2018) Challenges to Competition of Geographic Restrictions to Online Sale of Goods and Digital Content. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 270–299 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.270.299

Introduction

E-commerce in the EU has grown steadily over the past years. Today the EU is one of the largest e-commerce markets in the world. Based on Eurostat data, the percentage of individuals aged between 16 and 74 that ordered goods or services over the internet has grown steadily from 30% in 2007 to 55% in 2016¹. Nevertheless, EU consumers and e-retailers do not take full advantage of the single market. Only 15% of consumers bought online from other EU countries in 2014, although 44% did so in their own country; over three quarters (84%) of online sales in 2014 were to consumers in the same country where the vendor was located². According to a sector inquiry ordered by the European Commission, 52% of potential cross-border purchases are blocked³.

There are several types of obstacles to cross-border e-commerce within the EU. For instance, when a consumer attempts to make an online purchase in a Member State other than his country of permanent residence, he may be required to pay a higher price, be subject to different conditions of sale or even be refused payment.

Such obstacles hamper the realization of a single digital European market which can be defined as a market in which free movement of goods, persons, services and capital is ensured and in which individuals and businesses can freely access files and information on the internet as they conduct online activities in an environment with fair competition and a high level of protection for consumer rights and personal data, regardless of their citizenship or place of residence⁴.

In order to foster the creation of a single digital European market, the European Commission adopted on May 2015 the Digital Single Market Strategy for Europe⁵ (DSM). The Strategy outlines several key actions upheld by three pillars through which the Commission envisages creation of a digital single market. One of these pillars involves ensuring access for consumers and businesses to goods and services via e-commerce across the EU.

¹ 2016 Eurostat Community Survey on ICT usage in households and by individuals//http://ec.europa/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals. See also data from Flash Eurobarometer 397 (2015), Consumer attitudes towards cross-border trade and consumer protection (accessed: 04.01.2018)

² EU Open Data Portal; Flash Eurobarometer 413 //<https://data.europa.eu/digital-single-market/en/news/digital-single-market-strategy-europe-com2015-192-final> (accessed: 05.01.2018)

³ See <http://www.eesc.europa.eu/en/news-media/press-releases/eu-digital-market-consumer-protection-must-be-top-priority> (accessed: 05.03.2018)

⁴ See <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1447773803386&uri=CELEX%3A52015DC0192>. (accessed: 28.02.2018)

⁵ European Commission; COM(2015) 192 final//<http://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/digital-single-market-strategy-europe-com2015-192-final> (accessed 05.01.2018)

For this pillar the Commission has already undertaken several actions, including legislative proposals in the following areas: (i) harmonized EU rules on contracts for the supply of digital content and for online and other distance sales of goods⁶ and on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws⁷, (ii) efficient and affordable cross-border parcel delivery⁸, (iii) unjustified geo-blocking⁹, (iv) simplified VAT rules and (v) copyright modernization¹⁰. The Commission has also assessed the role of online platforms and intermediaries¹¹.

⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, COM (2015) 634 final//<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/EN/1-2015-634-EN-F1-1.PDF> (accessed: 03.04.2018); and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, COM(2015) 635 final//<https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vjzqfzm2wova> (accessed: 28.03.2018)

⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, COM (2016) 283 final // <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-283-EN-F1-1.PDF> (accessed: 18.02.2018)

⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on cross-border parcel delivery services, COM(2016)286final//<https://www.regjeringen.no/contentassets/4a741ccb94cb4e33925efb846a76398f/konsekvensutgreiing-del-4.pdf> (accessed : 13.02.2018)

⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, COM(2016) 289 final // <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-289> (accessed: 09.02. 2018) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on an action plan on VAT, COM(2016) 148 final//<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2016%3A148%3AFIN> (accessed: 22.02.2018) ; and the adoption, on December 1, 2016, of the VAT Digital Single Market Package "Modernising VAT for cross-border e-commerce" //https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/action-plan-vat_en (Accessed: 05.02.2018); and https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/digital-single-market-modernising-vat-cross-borderecommerce_en. (accessed: 13.02 2018)

¹⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Towards a modern, more European copyright framework COM(2015) 626 final//<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A626%3AFIN> (accessed: 02.03.2018); and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on ensuring the cross-border portability of online content services in the internal market, COM(2015) 627 final// <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/EN/1-2015-627-EN-F1-1.PDF>(accessed: 26.02.2018); 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 programs, COM(2016) 594 final// <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0594> (accessed: 11.02.2018); and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM(2016) 593 final//<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593> (accessed : 14.02.2018)

¹¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Online Platforms and the Digital Single Market, Opportunities and Challenges for Europe, COM(2016) 288 final//<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-288-EN-F1-1.PDF> (accessed: 08.02 2018)

The Commission decided on May 6, 2015, on the basis of the EU competition rules, pursuant to Article 17 of Regulation 1/2003¹², to launch a sector inquiry into trade of consumer goods (“goods”) and digital content in e-commerce in the EU¹³.

While most of the actions of the Strategy essentially seek to address regulatory barriers to cross-border online trade in goods and services, the sector inquiry into e-commerce investigated barriers created by companies¹⁴. Therefore, the sector inquiry focused on distribution agreements for goods and services that may create barriers to e-commerce. According to the inquiry’s findings, 16% of companies that sold online or tried to do so in 2014 indicate that the existence of restrictions to competition imposed by their suppliers on selling to customers located in another member state is a problem (and for 6% it is a major problem)¹⁵.

The restrictions to competition revealed in the sector inquiry are found predominantly in vertical agreements, i.e. in agreements entered into between undertakings operating for the purpose of the agreement at different levels of the production or distribution chain; and these agreements pertain to the conditions under which parties may purchase, sell or resell certain products¹⁶.

This sector inquiry singled out not only the existence of restrictions on online sales of goods but also on access to and use of online content services cross-border. Up to 87% of the online content providers who responded to the inquiry declared that their users’ terms of service contain restrictions to the users’ access to content in a member state other than their home country¹⁷. Such practices impede con-

¹² Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1 // <https://www.consilium.europa.eu/en/press/-releases/2018/02/27/geo-blocking-council-adopts-regulation-to-remove-barriers-to-e-commerce> (accessed : 10.02.2018)

¹³ Commission decision of 6 May 2015 initiating an inquiry into the e-commerce sector pursuant to Article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003 (HT.4607), C(2015) 3026, final // https://ec.europa.eu/competition/antitrust/ecommerce_decision_en.pdf (accessed : 19.02. 2018)

¹⁴ The Commission proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo- blocking and other forms of discrimination based on customers’ nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, COM(2016) 289 final//<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-289-EN-F1-1.PDF>(accessed: 17.02.2018) seeks to address company-erected barriers, including also in the form of unilateral business decisions of non-dominant undertakings or intra-group decisions, which are generally not caught by EU competition rules.

¹⁵ European Commission; COM (2017) 229 Final report on the E-commerce Sector Inquiry, May 10 // https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf (accessed: 05.01.2018)

¹⁶ Of retailers with sales volume above EUR 500 000, 34 % report having contractual restrictions in at least one product category while 7% of retailers with turnover below EUR 500,000 report having a contractual restriction in at least one product category. Proportions are calculated out of all respondents that provided information on their turnover (798 for the sales volume category above EUR 500,000 and 226 retailers for the sales volume category below EUR 500,000).

¹⁷ European Commission, COM (2017) 229 Final report on the E-commerce Sector Inquiry...

sumers' access to their online subscriptions to films, sports events, e-books, video games or music services when travelling in other EU countries and thus lead to fragmentation of the internal market.

To bring some clarity to the unsettled situation described above, this paper will (in section I) first focus in detail on the restrictions to competition existing in the single digital market highlighted by the e-commerce sector inquiry and then (in section II) examine the legislative proposals put forward by the European Commission as part of its Digital Single Market Strategy for Europe to eliminate those obstacles and thus to ensure that cross-border e-commerce will directly benefit citizens and businesses. A European Parliament Survey¹⁸ has indicated just how much is at stake: a fully functioning digital single market has the potential to contribute on the order of EUR 415 billion per year to European GDP.

1. Restrictions to Competition in the E-economy of the EU

Through its E-commerce Sector Inquiry¹⁹, the Commission sought to understand how the growth of e-commerce has influenced the choices made by companies regarding the distribution of their products and services and to what extent the growth of e-commerce has led to an increase in contractual restrictions or the emergence of new types of contractual restrictions.

Sector inquiries are investigations that the Commission decides to carry out in sectors of the economy or types of agreements when there are indications that competition may be restricted or distorted within the internal market²⁰.

Sector inquiries do not target specific companies. However, the results of a sector inquiry may point to potentially anti-competitive practices, and the Commission may follow a sector inquiry with a decision to open case-specific investigations. Thus, sector inquiries allow the Commission to set priorities among the EU rules for competition²¹.

Following the decision²² to launch the sector inquiry, the Commission started a large-scale fact-finding exercise between June 2015 and March 2016 based on

¹⁸ European Parliament Research Service, Mapping the cost of Non-Europe, 2014-19, (2015)//http://www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS_Mapping_the_Cost_of_Non-Europe-June%202014.pdf (accessed: 13.01.2018)

¹⁹ European Commission; COM (2017) 229 Final report on the E-commerce Sector Inquiry...

²⁰ See Article 17 of Regulation 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.12.2003, p.1 // <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32003R0001> (accessed: 10.02.2018)

²¹ Ibid.

²² Commission decision of 6 May 2015 initiating an inquiry into the e-commerce sector pursuant to Article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003 (HT.4607), C(2015) 3026, final // http://ec.europa.eu/competition/antitrust/ecommerce_decision_en.pdf (accessed: 19.02.2018)

requests for information pursuant to Article 17 of Regulation 1/2003 (“questionnaire”). Questionnaires were sent to various actors in the EU concerning online sales of both goods and digital content.

On September 15, 2016, the Commission published a Preliminary Report²³ followed by the publication on May 10, 2017, of a Final report on the E-commerce Sector Inquiry²⁴.

According to the findings of the E-commerce Sector Inquiry Final Report, geographic restrictions to online line sales of goods (A) as well as in digital content (B) can be found.

1.1. Geographic Restrictions to Online Sales of Goods

Manufacturers active in all product categories tend to sell their products in a large number of member states. Manufacturers were asked to indicate in how many EU member states they sold their products in 2014 either directly or via independent wholesalers or retailers²⁵. The responses show that, taking all product categories together, the majority of manufacturers distributed their products in at least 21 member states, while only a limited proportion (4%) sold them in only one member state²⁶. The majority of manufacturers in each product category sold their products in 21 to 28 EU member states. Manufacturers of cosmetics and healthcare products had the highest proportion selling in at least 21 member states, followed by those that supply consumer electronics²⁷.

Geographic sales strategies of retailers varied significantly among respondents²⁸. Across all product categories covered by the sector inquiry, many retailers had limited their sales efforts to a specific member state and did not sell cross-border²⁹. Cross-border sales come at a cost, and the decision not to sell cross-border is

²³ See SWD(2016) 312 final, available online at http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_preliminary_report_en.pdf (accessed: 05.01.2018)

²⁴ European Commission; COM (2017) 229 Final report on the E-commerce Sector Inquiry...

²⁵ European Commission; COM (2017) 229, paragraph 345//https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf (accessed: 05.01.2018)

²⁶ Proportions are calculated out of all 257 responses to the question. Respondents were asked to provide a separate response for each product category in which they are active. For manufacturers active in multiple product categories, the product category with sales into the highest number of member states was considered as indicative of the presence of the manufacturer across the EU.

²⁷ About 80% of manufacturers of cosmetics and healthcare products reported selling their products in at least 21 member states while the proportion of manufacturers of consumer electronics selling in the same number of member states was 76%. Proportions are calculated on the basis of the number of respondents active in each product category.

²⁸ European Commission; COM (2017) 229 final report... para 349.

²⁹ *Ibid.* para 350.

often based on a retailer's general business decision about whether to expand the geographic scope of its activities to other member states or not³⁰.

Some 36% of sector inquiry respondent retailers reported they do not sell cross-border for at least one of the relevant product categories in which they are active³¹, while 38% of retailers collect information on the location of the customer in order to implement geo-blocking measures³².

Retailers with a higher turnover are more likely to apply geo-blocking compared to smaller retailers³³. Geo-blocking most commonly takes the form of refusal to deliver goods to customers in other member states, followed by refusals to accept payments from such customers. The majority of geo-blocking measures in relation to goods result from unilateral business decisions of retailers not to sell cross-border.

To implement geo-blocking, retailers collect various types of information on the location of the customer. The type of information that respondents most commonly collect for geo-blocking purposes is the postal address of the customer, followed by the customer's credit/debit card details or country of residence³⁴.

When a company does not occupy a dominant position in its market, the EU competition rules are not concerned with geo-blocking on the basis of unilateral business decisions taken by companies, but only with geo-blocking measures which implement contractual restrictions limiting the ability of online retailers to sell to certain territories or customer groups³⁵.

In the absence of a dominant position, the EU competition rules are not concerned with geo-blocking on the basis of unilateral business decisions taken by companies, only with geo-blocking measures which implement contractual restrictions limiting the ability of online retailers to sell to certain territories or customer groups³⁶. Approximately three quarters of respondent retailers that sell cross-border indicated that they do not charge different prices when selling cross-border to customers in another member state³⁷.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid, para 351. Proportions are calculated out of all 918 respondents to each question.

³² Ibid. para 373.

³³ Ibid. para 374.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Unilateral conduct may, however, be caught by Article 102 of the TFEU and/or by Article 20(2) of Directive 2006/123/EC on services in the internal market, which provides that "Member States shall ensure that the general conditions of access to a service, which are made available to the public at large by the provider, do not contain discriminatory provisions relating to the nationality or place of residence of the recipient, but without precluding the possibility of providing for differences in the conditions of access where those differences are directly justified by objective criteria". The Commission adopted a proposal on May 25, 2016, (COM (2016) 289 final//<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-289-EN-F1-1.PDF> (accessed: 09.02.2018))

³⁶ Ibid.

³⁷ European Commission; COM (2017) 229 Final report on the E-commerce Sector Inquiry, May 10, 2017, paragraph 376//[URL.https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_)

Almost 12% of retailers indicate that they have contractual cross-border sales restrictions in at least one product category in which they are active³⁸.

A higher proportion of the larger retailers (in terms of sales volume) experience cross-border sales restrictions compared to smaller retailers³⁹. The product category in which the highest proportion of retailers experiences cross-border sales restrictions is clothing and shoes with 13%, followed by consumer electronics and sports and outdoor⁴⁰.

Contractual cross-border sales restrictions take multiple forms and are not always written in agreements, but are sometimes communicated orally⁴¹.

The findings of the sector inquiry suggest that certain territorial restrictions such as geo-blocking may raise concerns regarding their compatibility with EU competition rules as can be seen in Box 1.

Box 1

Geo-blocking measures under Vertical Block Exemption Regulation (VBER) and Vertical Guidelines.

The European courts have on a number of occasions held that agreements or concerted practices which are aimed at partitioning markets according to national borders or which make the interpenetration of national markets more difficult, in particular those which are aimed at preventing or restricting parallel exports, have as their object the restriction of competition pursuant to Article 101(1) of the TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union, also known as the Treaty of Rome)⁴².

Geo-blocking measures implemented by undertakings that manufacture goods and sell them through their own websites fall outside the scope of

en.pdf (accessed: 05.01.2018). The proportion of respondents is calculated out of all respondents that sold cross-border and that replied to a particular question (603 retailers). As retailers were asked to provide separate responses for website operated by them, the responses received do not provide information on price differences applied by retailers when selling products at different prices on different websites.

³⁸ Ibid. para 397.

³⁹ Ibid. para 399.

⁴⁰ Ibid. para 401.

⁴¹ Ibid. para 402.

⁴² See, for example, the judgment in *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*, 56/64 and 58/64, EU:C:1966:41; the judgment in *Commission v GlaxoSmithKline*, C-513/06, EU:C:2008:738, para 58 to 61; the judgment in *Sot.Léloskai Sia and Others*, C-468/06 to C-478/06, EU:C:2008:504, para 65; judgment in *NV IAZ International Belgium and Others v Commission*, 96 to 102, 104, 105, 108 and 110/82, EU:C:1983:310, para 23 to 27; judgment in *Javico*, C-306/96, EU:C:1998:173, para 13 and 14; judgment in *General Motors v Commission*, C-551/03 P, EU:C:2006:229, para 67 to 69 and judgment in *Football Association Premier League and Others*, C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631, para 139.

Article 101 of the TFEU⁴³. Equally, if an individual retailer unilaterally decides not to sell to customers in certain member states and implements this decision through geo-blocking measures, that decision does not fall under Article 101 of the TFEU⁴⁴.

If geo-blocking measures result from an agreement or concerted practice that is not a genuine agency agreement⁴⁵ between two undertakings (such as a manufacturer and a retailer), they fall within the scope of Article 101 (1) of the TFEU.

There are four general categories of restrictions under consideration as follows:

(a) Territorial sales restrictions under Article 4(b) of the VBER

The Article 4(b) of the Vertical Block Exemptions Regulation (VBER) provides that, subject to a number of limited exceptions, the exemption provided for in the VBER does not apply to a vertical agreement between a supplier and distributors that directly or indirectly has as its object to restrict the territory into which, or the customers to whom, the distributor may sell the contract goods.

Article 4(b) of the VBER covers both direct and indirect restrictions (such as reduction of bonus payments or rebates) aimed at inducing distributors not to sell to customers in certain territories⁴⁶.

A supplier can, however, restrict the territory into which or the customers to whom a distributor may sell the goods or services if one of the exceptions listed in Article 4(b)(i) to (iv) of the VBER is met.

In particular, Article 4(b)(i) of the VBER provides that a supplier can restrict active sales into the exclusive territory or to an exclusive customer group reserved to the supplier or allocated by the supplier to another distributor.

⁴³ Agreements between legal entities within the same undertaking fall outside the scope of Article 101(1) of the TFEU. See for example judgment in *Centrafarm BV and Adriaan De Peijper v Sterling Drug Inc*, 15/74, EU:C:1974:114, para 41 and judgment in *Viho Europe BV. Commission*, C-73/95 P, EU:C:1996:405, para 51.

⁴⁴ As indicated above, the Commission adopted a proposal on 25 May 2016 (COM(2016) 289 final// <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-289-EN-F1-1.PDF> (accessed: 09.02.2018) to tackle unilateral geo-blocking of companies.

⁴⁵ Geo-blocking measures in agreements between undertakings may fall outside Article 101(1) of the TFEU if the relationship between the parties is qualified as a “genuine” agency relationship within the meaning of case law. The decisive element is whether the agent bears financial or commercial risks in relation to the activities for which it has been appointed as an agent to the principal. See judgment in *CEES*, C-217/05, EU:C:2006:784, para 51 to 61 and the judgment in *CEPSA*, C- 279/06, EU:C:2008:485, para 36.

⁴⁶ See Vertical Guidelines, para 50, for further examples of such indirect measures// http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf (accessed: 06.02.2018)

Active sales mean actively approaching individual customers, for instance, by direct mail, including sending unsolicited e-mails or making visits; or actively approaching a specific customer group or customers in a specific territory through advertisement in media, on the internet or other promotions specifically targeted at that customer group or targeted at customers in that territory⁴⁷. Online advertisement which is specifically addressed to customers in certain territories is also considered as a form of active selling (e.g. territory-based banners on third party websites or paying a search engine or online advertisement provider to have advertisements displayed in a particular territory)⁴⁸. Similarly, launching a website which targets a specific member state by using a country-specific top-level domain (e.g. “.it” for Italy) can be considered as actively selling into that territory.

The reason for the exception in Article 4(b)(i) of the VBER is that exclusive territorial distribution can create efficiencies that justify a restriction on active sales. A distributor that has been exclusively allocated a territory may be incentivized to invest in additional promotion and marketing efforts, possibly to enter a new geographic market, on which other distributors could free-ride absent any territorial protection⁴⁹.

By contrast, a restriction of passive sales into an exclusively allocated territory falls outside of the scope of Article 4(b)(i) of the VBER and constitutes a hardcore restriction as this would grant the distributor absolute territorial protection. Passive sales generally mean sales in response to unsolicited requests from individual customers including delivery of goods to such customers⁵⁰. Sales that result from advertising or promotion aimed at customers in one’s own territory or in non-exclusive territories but that also reach customers in other distributors’ (exclusive) territories or customer groups are considered passive sales⁵¹.

⁴⁷ Advertisement or promotion that is only attractive for the buyer if it (also) reaches a specific group of customers or customers in a specific territory, is considered active selling to that customer group or customers in that territory. See Vertical Guidelines, paragraph 51// http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf (accessed: 06.02.2018)

⁴⁸ *Ibid*, para 53.

⁴⁹ Restrictions of active sales into certain territories or customer groups that are unrelated to an exclusive territory or an exclusive customer group reserved to the supplier or allocated by the supplier to another buyer constitute a hardcore restriction under Article 4 (b) of the VBER.

⁵⁰ Restrictions of passive sales constitute hardcore restrictions under Article 4(b) of the VBER. They fall outside the scope of Article 101 (1) of the TFEU only in exceptional circumstances (see para 61 of the Vertical Guidelines // http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf (accessed: 06.02.2018)

⁵¹ *Ibid*. para 51.

The Vertical Guidelines provide several examples of restrictions that are considered to have as their object restricting passive sales via the internet and thus are hardcore restrictions unable to qualify for the exemption provided in the VBER.

This includes, for example, restrictions that require a retailer to apply different geo-blocking measures (such as blocking access to its website to customers located in another member state or re-routing customers to an alternative website)⁵².

(b) Territorial sales restrictions concerning end users by members of a selective distribution system operating at the retail level under Article 4(c) of the VBER

Article 4(c) of the VBER provides that the exemption does not apply to a vertical agreement between a supplier and a retailer that directly or indirectly has as its object restricting active or passive sales to end users by members of a selective distribution system, without prejudice to the possibility of prohibiting a member of the system from operating out of an unauthorized place of establishment.

Retailers in a selective distribution network should, therefore, generally be free to sell to all customers and this freedom can only be restricted to protect an exclusive distribution system operated in another territory⁵³.

Conversely, sales to end users by distributors operating at the wholesale level can be restricted according to Article 4 (b) (iii) of the VBER without losing the benefit of the block exemption.

(c) Territorial sales restrictions between distributors within a selective distribution system under Article 4 (d) of the VBER

The exemption from the VBER also does not apply to restrictions of cross-supplies between distributors within a selective distribution system, including between distributors operating at different levels of trade. Unlike Article 4 (c) of the VBER, Article 4 (d) does not concern sales to end users. If a selective distribution system is operated across several member states, cross-border sales restrictions (either active or passive) between authorized distributors at whatever level of trade would amount to a hardcore restriction under Article 4(d) of the VBER.

This means that within a selective distribution system, members must not only be free to sell cross-border to other members at the different levels of

⁵² Ibid. para 52.

⁵³ Vertical Guidelines, para 56.

the selective distribution system. They must also be free to source products from any other member of the selective distribution network in another member state, including those that are active at the wholesale level⁵⁴.

The hardcore restrictions under Article 4 of the VBER therefore significantly constrain the ability to combine territorial exclusivity and a selective distribution system within the same territory⁵⁵. While a supplier can agree with a certain authorized distributor in a selective distribution system not to supply to any other distributor in a particular part of the territory where the selective distribution system is applied, it cannot protect this distributor from active or passive sales from other authorized distributors into its territory. The supplier can however impose restrictions on the ability of other distributors to determine the location of their business premises⁵⁶.

Companies can therefore — as frequently observed in the sector inquiry — in principle operate a selective distribution system by appointing specific “exclusive” wholesalers for certain member states. Such wholesalers would typically be members of the selective distribution system as they undertake not to sell to unauthorized distributors in the territory in which the selective distribution system operates. They would normally select authorized retailers on behalf of the supplier in the territory by applying the selection criteria provided by the supplier. However, any restrictions imposed on other authorized members of the selective distribution network concerning active or passive sales into the territory of this “exclusive” wholesaler would constitute hardcore restrictions of competition under Article 4 (d) VBER.

(d) Combination of selective and exclusive distribution for the same products in different member states

Companies can in principle also combine selective and exclusive distribution in different territories, for example use a selective distribution system in some member states in which their brand is already well established while using exclusive distribution in member states in which their brand is less well known. In this case, an active sales restriction imposed on the selective distributors with regard to sales into exclusive territories not covered by the selective distribution system is possible under the VBER⁵⁷. Conversely, a restriction imposed on distributors (exclusive or not) operating outside the territory in which selective distribution is applied not to actively or passively

⁵⁴ Ibid. para 58.

⁵⁵ Ibid. para 57.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid. para 56.

sell into the territory in which selective distribution is applied, including to unauthorized distributors is a hardcore restriction under Article 4 (b) of the VBER, as the territory in which selective distribution is applied is not and cannot be exclusively allocated to any distributor (based on Article 4 (c) of the VBER).

According to the findings of the Commission's e-commerce inquiry commissioned by the Commission, geographic restrictions on competition do not only exist in the area of electronic commerce of goods, as we've seen in Section I.A, but also in digital content.

1.2. Geographic Restrictions on E-commerce in Digital Content

Digital content that is protected by copyright law, similar to other copyright-protected works, does not enjoy unitary protection in the EU. Instead, national copyright laws are applicable in each of the 28 member states⁵⁸. Copyright protection is "territorial" in the sense that exclusive rights are enforced under the national laws of each member state.

In order to provide online services that include copyright-protected content, a digital content provider must generally obtain a license from the holders of the copyrights of that content, such as film producers or record labels. Rights for broadcasts of sports events are licensed in a similar way, as in some member states such broadcasts also benefit from certain protections under the national copyright laws.

With respect to digital content, the sector inquiry aims at identifying potential contractual restrictions originating from the contractual relationships between suppliers (rights holders) and providers of online digital content services (licensees)⁵⁹.

The sector inquiry focused on the online provision of audio-visual and music products. At the retail level, a total of 278 digital content providers including na-

⁵⁸ National copyright laws are nevertheless harmonized to a large extent by several EU Directives, such as Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of May 22, 2001, on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in information society; Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of February 26, 2014, on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market; Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of December 12, 2006, on rental rights and lending rights and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property; and Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of September 27, 2011, amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights.

⁵⁹ COM (2017) 229 final, para 654.

tional operators covering only one member state, large groups operating in more than one member state, and hosting operators were surveyed with results presented in Table A.

Table A

Digital content provider respondents classified according to type of operation⁶⁰

Type of operator	Number of respondents	Proportion in sample, %
Commercial broadcaster	79	28
Online audiovisual operator	53	19
Public service broadcaster	50	18
Fixed line PSTN operator	21	8
Portal / Web TV	17	6
Fixed line cable operator	17	6
Publisher	16	6
Mobile operator	15	5
Other	10	4
Total	278	100

These respondents submitted info on 6,426⁶¹ licensing agreements covering films, sports, television, fiction and non-fiction, children’s television, news and music products.

A total of 53 rights holders replied⁶² and submitted information on 282 licensing agreements covering television fiction and non-fiction, sports and music products.

1.2.1. Contractual Restrictions in Relation to Territories

There are two main types of contractual restrictions in relation to territories: geo-blocking of digital content services (a) and Geo-blocking measures are also used to restrict cross-border access and portability (b).

1.2.1.1. Geo-blocking of Digital Content Services

The results of the sector inquiry show that online rights are to a large extent licensed on a national basis. Online rights are often licensed bundled with rights for the distribution of content via other transmission technologies. The territorial

⁶⁰ Ibid. para 658.

⁶¹ Ibid. para 689.

⁶² Ibid. para 671.

scope of online and offline rights is therefore often the same, as offline rights are traditionally licensed on a national basis⁶³.

Moreover, right holders have indicated in their responses that their business models are built on licensing of rights on a national basis. This allows them to extract the highest possible value from the rights in terms of revenues⁶⁴.

A majority of online digital content seems to be made available to users prevalently on a national basis, or for a territory covering two to four Member States, in the latter case when they share a common language⁶⁵.

The main reasons why digital content providers do not make their services available in other territories are the cost of purchasing content for territories in which the digital content provider is not yet active⁶⁶, and that the rights for the content is not available for licensing in some territories⁶⁷. Digital content providers that make their services available in two or more Member States do not necessarily offer the same catalogue of content in each of those Member States⁶⁸.

The main indicated reason for differences in catalogue between different member states is that the same rights are not always available for licensing in all the member states where the digital content provider is active⁶⁹.

In order to limit the online transmission of digital content to certain member states and to implement (exclusive) territorial licensing agreements, digital content providers have recourse to geo-blocking measures⁷⁰.

Geo-blocking is widely used by respondents across the EU. 70% of the responding digital content providers restrict access to their online digital content services from other member states⁷¹.

However, the responses suggest relatively large differences in the extent to which geo-blocking is used across different types of business models⁷².

There are also large differences in the extent to which geo-blocking is used between different member states.

⁶³ Ibid. para 754.

⁶⁴ Ibid. para 755.

⁶⁵ Ibid. para 759.

⁶⁶ Ibid. para 786.

⁶⁷ Ibid. para 787.

⁶⁸ Ibid. para 791.

⁶⁹ Ibid. para 795.

⁷⁰ The Commission published in March 2016 its initial findings on geo-blocking in an Issues Paper (See SWD (2016) 70 Final//http://ec.europa.eu/competition/antitrust/e-commerce_swd_en.pdf (accessed: 01.03.2018). The initial findings of the Issues Paper are confirmed by the Report. However, as the Commission received some of the responses only after the data extraction date for the Issues paper, certain figures have been slightly modified.

⁷¹ European Commission; COM (2017) 229 final, para 807.

⁷² Ibid. para 817.

Geo-blocking measures are reported to be used more widely in certain member states. More than half of the respondents use such measures in Spain (65%) and the Netherlands (67%), while more than three quarters of respondents use such measures in France (81%), the UK (83%), Denmark (86%) and the Czech Republic (87%)⁷³.

By contrast, in some member states such as Estonia (33%) and Italy (46%) only a minority of respondents use geo-blocking. Geo-blocking also appears to be more used by some kinds of operators than others⁷⁴.

Geo-blocking appears to result from contractual restrictions in licensing agreements between digital content providers and rights holders⁷⁵. Almost 60% of the responding digital content providers are contractually required by rights holders to geo-block, and the majority of licensing agreements submitted include such requirements for all product types except for news products. Geo-blocking is most prevalent in agreements for films, sports and TV series⁷⁶.

1.2.1.2. Restrictions on cross-border portability

Geo-blocking measures are also used to restrict cross-border access and portability. Access and portability restrictions are defined for the purpose of this paper as technical geo-blocking measures which restrict the ability of users to access and use content from outside the territory of their member state⁷⁷. Replies by digital content providers indicate that access and portability restrictions are frequently used⁷⁸. 72% of them admit using at least one access and use measure⁷⁹. The most common restriction consists of limiting the catalogue of content and accessible services in different member states⁸⁰.

A majority (65%) of respondents to the question of whether the technical measures that they apply have any impact on the user's ability to play previously downloaded content in certain territories, or on the catalogue of content and/or services available to a given user in different territories, or on the ability of an existing user to access the service in different territories indicate that geo-blocking measures are used to restrict the content and services made available in different member states. This leads to different content catalogues being offered to users in different territo-

⁷³ Ibid. para 812.

⁷⁴ Ibid. para 811.

⁷⁵ Ibid. para 820.

⁷⁶ Ibid. para 820.

⁷⁷ Ibid. para 827.

⁷⁸ Ibid. para 829.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid. para 830.

ries. A number of respondents also indicate that the restrictions in place affect the ability of an existing user to access the service from certain territories (55%). And 34% of the respondents indicate that they use technical geo-blocking measures to restrict a user's ability to play previously downloaded content in certain territories.

In addition to being asked whether they use geo-blocking measures to prevent or restrict access to and use of digital content, digital content providers were also asked whether they restrict through their terms of service a user's ability to access content or to play downloaded content in some member states⁸¹. The responses indicate that most digital content providers also required to include restrictions in their terms of service concerning the member states in which users may access content⁸². 83% of the licensing agreements submitted by digital content providers require them to include at least one of the restrictions above in their terms of service.

In order to monitor the application and implementation of technical geo-blocking measures, rights holders include clauses in licensing agreements to verify or audit the way such measures are applied or whether they meet the required standards for geo-blocking. Some agreements also enable rights holders to impose sanctions or ask for compensation in the event the digital content provider does not comply with technical geo-blocking measures or with the provisions defining the territorial scope of the licensing agreement⁸³.

1.2.2. Competition Concerns Regarding Geo-blocking of Digital Content Services

Exclusive licensing on a territorial basis does not raise a competition concern in and of itself. However, when coupled with contractual restrictions on cross-border passive sales, it may be detrimental to competition⁸⁴. Any assessment of these licensing practices under EU competition rules would have to take into account the characteristics of the content industry, the legal and economic context of the licensing practice and/or the characteristics of the particular product and geographic markets⁸⁵.

Having highlighted in section I of this paper the main restrictions to competition existing within the single market according to the findings of the E-commerce Sector Inquiry⁸⁶, I will now focus on the legislative proposals that were put for-

⁸¹ *Ibid.* para 831.

⁸² *Ibid.* para 837.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*, para 859.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibidem.*

ward by the European Commission in its Digital Single Market Strategy for Europe (DSM) in order to eliminate those restrictions⁸⁷.

2. Legislative Proposals Aimed at Improving Access for Consumers and Businesses to Online Goods and Digital Content across Europe

The Digital Single Market Strategy for Europe was adopted on May 6, 2015. The strategy aims to provide new opportunities by eliminating key differences between the online and offline worlds and also by breaking down barriers to cross-border activity.

The Digital Single Market Strategy sets out 16 key initiatives gathered under three main headings⁸⁸:

Access: better access for consumers and businesses to digital goods and services across Europe;

Environment: creating the right conditions and a level playing field for digital networks and innovative services to flourish;

Economy & Society: maximizing the growth potential of the digital economy.

Under the first of these headings, the European Commission made some legislative proposals to counteract restrictions to competition in cross-border e-commerce in goods (see A below) as well as in cross-border e-commerce in digital content within the EU (see B below).

2.1. Legislative Proposals Aiming at Fighting Restrictions on E-commerce in Goods

In order to remove barriers to e-commerce on goods within the EU, the Commission proposed prohibiting unjustified geo-blocking on e-commerce as well as encouraging affordable cross-border parcel delivery services within the EU.

2.1.1. Prohibition of Geo-blocking on E-commerce in Goods

Geo-blocking refers to practices used by traders that result in discrimination against customers on the basis of their nationality or their place of residence or establishment. This can refer to denial of access to websites from other member states or to situations in which a customer from another member state is discrimi-

⁸⁷ European Commission; COM (2015) 192 final // <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/digital-single-market-strategy-europe-com> (accessed: 05.01.2018)

⁸⁸ European Commission; “Shaping the Digital Single Market” // <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/shaping-digital-single-market> (accessed: 13.01.2018)

nated against or prevented from accessing the product or service or is required to pay only with a debit or credit card from a certain country.

By limiting consumer opportunities and choice, geo-blocking is a significant cause of consumer dissatisfaction and of fragmentation of the European internal market. According to a mystery, shopping survey carried out in 2016⁸⁹, only a little over a third of attempted cross-border purchases online were successful (37%). A full removal of geo-blocking barriers could result by 2020 to an aggregate consumer gain of 500 million euros or 0.7% in consumer surplus and an aggregate increase in enterprise profits of 283 million euros from new trade opportunities⁹⁰. These gains come mainly from reduced prices which decrease in all countries both online (-1%) and offline (-0,5%)⁹¹.

In order to prevent online traders from unjustifiably discriminating against consumers from other member states, the European Commission adopted its Digital Single Market Strategy⁹² in May 2015 and its Single Market Strategy⁹³ in October 2015. Both documents announced legislative action to address unjustified geo-blocking and comprehensively fight discrimination based on nationality or place of residence or establishment.

Within those strategies, the European Commission proposed a regulation of the European Parliament and of the Council to address geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulation (EC) No2006/2004 and Directive 2009/22/EC. The general objective of this proposal⁹⁴ is to give customers better access to goods and services in the single market by preventing direct and indirect discrimination by traders artificially segmenting the market based on customers' residence. Customers experience such differences in treatment when purchasing online and also when travelling to other member states to buy goods or services.

⁸⁹ GfK Belgium, Mystery Shopping Survey on Territorial Restrictions and Geo-Blocking in the European Digital Single Market, May 2011// https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/geoblocking-final-report_en.pdf (Accessed: 09.01.2018)

⁹⁰ *Duch-Brown N., Martens B.* The Economic Impact of Removing Geo-blocking Restrictions in the EU.Digital Single Market, JRC Technical Report, 2016, p. 1 // <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/JRC101100.pdf> (accessed: 14.01.2018)

⁹¹ *Ibid.* P. 18

⁹² European Commission; COM (2015) 192 final // <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/digital-single-market-strategy- europe-com> (accessed: 05.01.2018)

⁹³ COM (2015) 550 final// <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A550%3AFIN> (accessed: 23.02.2018)

⁹⁴ European Commission; COM (2016) 289 final // <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-289-EN-F1-1.PDF> (accessed: 17.02.2018)

Despite the implementation of the non-discrimination principle in Article 20(2) of Directive 2006/123/EC (“Services Directive”)⁹⁵ customers still face refusals to sell and different conditions when buying goods or services across borders. According to the Commission, this is mainly due to uncertainty over what constitutes objective criteria that justify differences in the way traders treat customers. In order to remedy this problem, the Commission suggests traders and customers should have more clarity about the situations in which differences in treatment based on residence are not justifiable.

The aforementioned Commission’s proposal⁹⁶ prohibits blocking access to websites and other online interfaces. According to Article 3 of the proposal pertaining to access to online interfaces, “traders shall not, through the use of technological measures or otherwise, block or limit customers’ access to their online interface for reasons related to the nationality, place of residence or place of establishment of the customer.”

The proposal also prohibits rerouting customers from one country’s version of a commercial website to another. The prohibition is stipulated in point 2 of Article 3 which provides that “traders shall not, for reasons related to the nationality, place of residence or place of establishment of the customer, redirect customers to a version of their online interface that is different from the online interface which the customer originally sought to access.” Rerouting is possible but only with the “customer’s explicit consent”⁹⁷ and on condition that “the original version of the online interface shall remain easily accessible for that customer”⁹⁸.

The proposal furthermore sets out three specific situations under which discrimination against customers based on residence is prohibited.

The first situation concerns the selling of physical goods when the trader is not involved in the delivery of the product to the member state of the customer. This covered by article 4 (a) according to which “traders shall not apply different general conditions of access to their goods or services, for reasons related to the nationality, place of residence or place of establishment of the customer (...) where the trader sells goods and those goods are not delivered cross-border to the Member State of the customer by the trader or on his or her behalf”⁹⁹.

⁹⁵ Directive 2006/123/EC (“Services Directive”) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/En/LSU/?uri=celex%3A32006L0123> (accessed : 03.02.2018)

⁹⁶ European Commission; COM (2016) 289 final // <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-289-EN-F1-1.PDF> (accessed: 17.02.2018)

⁹⁷ Ibid. Article 3 of the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo-blocking.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ European Commission; COM (2016) 289 final, Article 3 of the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo-blocking // <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-289-EN-F1-1.PDF> (accessed: 17.02.2018)

The second situation concerns the provision of electronically supplied services, other than services the main feature of which is the provision of access to and use of works under protection of copyright or other protected subject matter. According to article 4 (b), traders shall not discriminate customers based on residence “where the trader provides electronically supplied services, other than services the main feature of which is the provision of access to and use of copyright protected works or other protected subject matter”.

The third situation applies to services, which are provided by a trader in a member state different from that of the customer’s member state of residence. Article 4 (c) prohibits discrimination of customers based on residence “where the trader provides services, other than those covered by point (b) and those services are supplied to the customer in the premises of the trader or in a physical location where the trader operates, in a member state other than that of which the customer is a national or in which the customer has the place of residence or the place of establishment”¹⁰⁰.

Both consumers and businesses as end users of goods or services are affected by discrimination practices based on residence and should therefore benefit from the rules set out in Article 4. Transactions where goods or services are purchased by a business for resale are, however, excluded in order to allow traders to set up their distribution systems in compliance with European competition law. The proposal then lays down non-discrimination rules specifically in the context of payments. This rule provides that, in certain cases, traders cannot reject or otherwise discriminate with regards to payment instruments (such as credit or debit cards). This is stipulated by Article 5.1 according to which “Traders shall not, for reasons related to the nationality, place of residence or place of establishment of the customer, the location of the payment account, the place of establishment of the payment service provider or the place of issue of the payment instrument within the Union, apply different conditions of payment for any sales of goods or provision of services, where: (a) those payments are made through electronic transactions by credit transfer, direct debit or a card-based payment instrument within the same payment brand; (b) the payee can request strong customer authentication by the payer pursuant to the Directive (EU) 2015/2366; and (c) the payments are in a currency that the payee accepts”¹⁰¹.

Finally, the proposal provides that agreements with traders containing passive sales restrictions which would lead to violations of the rules set out in this Regulation are automatically void. It is designed to avoid circumvention of those rules by contractual means. Article 6 indeed states that “agreements imposing on traders obligations, in respect of passive sales (...) shall be automatically void”¹⁰².

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid. Article 3.

¹⁰² Ibid.

2.1.2. Affordable Cross-Border Parcel Delivery Services

Business acceptance of e-commerce opportunities also depends on affordable cross-border parcel delivery services¹⁰³. Nevertheless, consumers and small businesses complain that problems with parcel delivery, high prices in particular, prevent them from selling more to or buying more from other member states¹⁰⁴.

Research shows that the public cross-border prices charged by universal service providers are often three to five times higher than the domestic equivalent¹⁰⁵ and that these differences cannot be explained by labor or other costs in the destination country. Prices from seemingly similar originating member states over comparable distances sometimes vary significantly without obvious justification by cost factors.

The Commission's 2012 Communication on e-commerce¹⁰⁶ identified improving the physical delivery of goods ordered online as one of the key elements for e-commerce growth. In its 2015 Digital Single Market Strategy¹⁰⁷, the Commission committed to launching measures to improve the price transparency and regulatory oversight of cross-border parcel delivery in the first half of 2016.

The European Commission made a proposal for a Regulation on cross-border parcel delivery on May 25, 2016¹⁰⁸, as part of the digital single market e-commerce package together with a proposal addressing unjustified geo-locking and a revision of the Consumer Protection Cooperation Regulation. This is a package of complementary measures aiming at allowing consumers and companies to buy and sell products and services online more easily and confidently across the EU. The proposed Regulation on cross-border parcel delivery builds on and complements the rules on cross-border parcel delivery services provided by Directive 97/67/EC²² as amended by Directive 2002/39/EC²³ and Directive 2008/6/EC²⁴. The specific objectives of the proposed Regulation are to: 1) make markets work more effectively by a) making the regulatory oversight of the parcels markets more effective

¹⁰³ European Commission; COM (2016) 285//URL:https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2016_149 (accessed: 24.02.2018)

¹⁰⁴ European Commission consumer survey identifying the main cross-border obstacles to the DSM and where they matter most, 2015. Special Eurobarometer 398 of October 2013 which concluded that nearly 40% of consumers indicate that problems with delivery prevent them from shopping online.

¹⁰⁵ Saint-Louis University (2015) Econometric study on cross-border prices// http://ec.europa.eu/growth/content/cheaper-cross-border-parcel-delivery-boost-e-commerce-eu-0_en (accessed: 15.02.2018)

¹⁰⁶ European Commission; COM (2011) 942 final // <https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/201268> (accessed: 09.02.2018)

¹⁰⁷ European Commission; SWD (2015) 100 final // http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/cia_2015_en.htm (accessed: 02.02.2018)

¹⁰⁸ European Commission; COM (2016) 285// https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2016_149 (accessed: 24.02.2018)

and consistent and b) encouraging competition; and 2) increase the transparency of tariffs in order to a) reduce unjustifiable tariff differences and b) lower the tariffs paid by individuals and small businesses, especially in remote areas.

Article 3 of the Proposal¹⁰⁹ clarifies that the requirement to provide information to national authorities applies to all parcel delivery service providers with more than 50 employees and to those who are established in more than one member state. It obliges national regulatory authorities to monitor the market and gather a limited set of statistical data. Only larger operators in addition to those established in more than one member state and therefore providing cross-border services would be included in order to ensure that national regulatory authorities have the core data on the range of parcels that are used for e-commerce. The aim is to unify and clarify the currently fragmented regulatory competences and build on existing best practices.

Article 4(1) of the proposal contains a targeted obligation only for universal service providers to submit annually (on January 31st at the latest) to the national regulatory authority the public list of tariffs applicable on January 1st of each calendar year for a specific set of services.

Article 5(1) of the proposal obliges national regulatory authorities to assess the affordability of the tariffs of universal service providers obtained under Article 4(1) on the basis of objective elements. In that assessment, in particular the following elements shall be taken into account: (a) the domestic tariffs of the comparable parcel delivery services in the originating member state and in the destination member state; (b) the terminal rates obtained in accordance with Article 4(3); (c) any application of a uniform tariff to two or more Member States.

If the national regulatory authority concludes that cross-border parcel delivery tariffs are not affordable, it shall ask the parcel delivery service provider in question for further information and/or justification. The assessment together with the justification, if applicable, are to be communicated not only to the Commission but also to the other national regulatory authorities. Furthermore, the assessment should also be communicated to the relevant authorities entrusted with the implementation of competition law. This enhanced transparency should create significant pressure to modify those tariffs that substantially higher and that might be considered non-affordable or even prohibitive.

Article 7 of the proposal¹¹⁰ is a standard provision aiming at providing the national regulatory authorities with effective, proportionate and dissuasive penalties for breaches of EU law. Within the framework of its Digital Single Market Strategy for Europe¹¹¹, the European Commission not only made legislative proposals aiming at fighting restrictions to competition on cross-border e-commerce on goods as we've seen in section II (A) of this Paper but also on e-commerce in digital content.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ COM (2015) 192 final.

2.2. Legislative Proposals Aimed at Eliminating Restrictions on E-commerce in Digital Content

These proposals are to establish cross-border portability of online content services (1) as well as abolish roaming charges (2).

2.2.1. Cross-Border Portability of Online Content Services

The Internet has become a key distribution channel for content. In 2014, 49% of European Internet users accessed music, video and games online¹¹², and this percentage is expected to grow. Tablets and smartphones further facilitate such uses with 51% of individuals in the EU using a mobile device to connect to the Internet¹¹³. End-users increasingly enter into contractual arrangements with service providers for the provision of online content services. However, consumers that are temporarily present in another member state of the Union cannot access and use the online content that they have acquired for use in their home country.

There are a number of barriers which hinder the provision of these services to consumers temporarily present in another Member state. Certain online services include content such as music, games or films protected by copyright and/or related rights under EU law. In particular, the obstacles to cross-border portability of online content services stem from the fact that the rights for the transmission of such content as audiovisual works that are protected by copyright and/or related rights are often licensed on a territorial basis as well as from the fact that online service providers may choose to serve specific markets only.

In December 2015, the Commission proposed a new Regulation¹¹⁴ ensuring the cross-border portability of online content services to which a consumer has subscribed in their member state of residence. This means that consumers can continue using online content services such as watching films or sporting events, listening to music, reading e-books or playing games when temporarily traveling in other member states, e.g., on holidays or business. Based on a 2015 estimate, over 29 million people would have used this feature then and as many as 72 million would do so in 2020¹¹⁵.

¹¹² Eurostat, 'Community survey on ICT usage in households and by individuals', 2014// http://ec.europa.eu/statistics-explained/index.php/Ecommerce_statistics_for_individuals (accessed: 07.02.2018)

¹¹³ Eurostat, 'Information society statistics — households and individuals', 2017// https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Digital_economy_and_society_statistics_- (accessed: 16.02.2018)

¹¹⁴ European Commission; Com [2015] 627 final// <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/EN/1-2015-627-EN-F1-1.PDF> (accessed: 26.02.2018)

¹¹⁵ Impact Assessment Report accompanying the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on ensuring the cross-border portability of online content services in the internal market; p. 12, 17; SWD(2015) 271 // <http://edz.bib.uni-mannheim.de/edz/pdf/swd/2015/swd->

The European Parliament and the Council reached a political agreement on the proposed Regulation. The Regulation (EU) 2017/1128 of the European Parliament and of the Council of June 14, 2017, on cross-border portability of online content services in the internal market¹¹⁶ aims to remove barriers to cross-border portability so that the needs of users can be met more effectively as well as to promote innovation for the benefit of consumers, service providers and rights holders. The Regulation introduces a common approach in the Union while maintaining a high level of protection for right holders.

Article 3 of the Regulation 2017/1128 sets out the obligation for the provider of an online content service to enable a subscriber who is temporarily present in a member state to access and use the online content service.

Article 4 stipulates that the provision of an online content service to a subscriber, as well as the access to and the use of this service by that subscriber shall, in accordance with Article 3(1), be deemed to occur solely in the member state of the subscriber's residence.

Finally, Article 5 of the Regulation provides that any contractual provisions which are contrary to Articles 3(1) and 4 including contractual provisions between holders of copyright and related rights, those holding any other rights relevant for the use of content in online content services and service providers, as well as between service providers and subscribers, shall be unenforceable. Thus Regulation 2017/1128 introduces a common approach to the rights for the transmission in the EU of such content as audiovisual works protected by copyright and/or related rights while maintaining a high level of protection for rights holders.

2.2.2. Abolition of Roaming Charges

Over a third (34%) of Europeans travel abroad within the EU at least once a year¹¹⁷. In 2014, about half of Europeans said they would not use mobile internet abroad because it was too costly¹¹⁸.

The Commission has been working since 2007 to reduce and ultimately remove the surcharges citizens face each time they cross a border while using their mobile devices.

2015-0271-en.pdf (Accessed: 25.02.2018) SEC(2015) 484//URL. http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/cia_2015_en.htm (accessed: 24.02.2018)

¹¹⁶ Regulation (EU) 2017/1128 of the European Parliament and of the Council of June 14, 2017, on cross-border portability of online content services in the internal market// URL. <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ddebcc82-5d59-11e7-954d-01aa75ed71a1/language-en/format-PDFA1A> (accessed: 19.02.2018)

¹¹⁷ Special Eurobarometer 414 (2014) // <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/special-eurobarometer-414-e-communications-household-survey> (accessed: 22.02.2018)

¹¹⁸ Ibid.

To that end, the Commission made a proposal establishing a policy objective that the difference between roaming and domestic tariffs should approach zero. The proposal was enacted into EU law when the European Parliament and the Council adopted Regulation (EU) No531/2012¹¹⁹, also known as the “roaming regulation”.

The aforementioned regulation introduces the “Roam Like at Home” (RLAH) principle according to which “roaming providers shall not levy any surcharge in addition to the domestic retail price on roaming customers in any member state for any regulated roaming calls made or received, for any regulated roaming SMS messages sent and for any regulated data roaming services, including MMS messages”¹²⁰. As a result of the implementation of Regulation No531/2012¹²¹, roaming charges have sharply accelerated since 2014 (see **Table B** below) up to the point that they have completely disappeared as of June 15, 2017.

Table B

Evolution of roaming retail prices since the adoption of the 2012 “Roaming regulation”

	July 2014	April 30, 2016	June 15, 2017
Outgoing voice calls (per minute)	EUR 0.19	Domestic price + up to EUR 0.05	Roam like at home with no extra fee, same as domestic price when travelling in the EU
Incoming voice calls (per minute)	EUR 0.05	EUR 0.0108	
Outgoing text (per SMS message)	EUR 0.06	Domestic price + up to EUR 0.02	
Online (data, download, per MB)	EUR 0.20	Domestic price + up to EUR 0.05	

In order to prevent abusive or anomalous usage by roaming customers of regulated retail roaming services (such as the use of such services by roaming customers in a member state other than that of their domestic provider for purposes other than periodic travel), roaming providers may apply a “fair use policy”¹²² which enable the roaming provider’s customers to consume volumes of regulated retail roaming services at the applicable domestic retail price.

¹¹⁹ Regulation (EU) No531/2012 of the European Parliament and the Council of June 2012 on roaming on public mobile communications networks within the Union//URL.<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32012R0531> (accessed: 21.02.2018)

¹²⁰ Ibid. Article 6a of Regulation.

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid. Article 6(b).

When any limit established under any “fair use policy” is exceeded, the roaming regulation establishes that “a roaming provider [may apply] a surcharge for the consumption of regulated retail roaming meeting the following requirements (excluding VAT):

a) any surcharge applied for regulated roaming calls made, regulated roaming SMS messages sent and regulated data roaming services shall not exceed the maximum wholesale charges...;

b) the sum of the domestic retail price and any surcharge applied for regulated roaming calls made, regulated roaming SMS messages sent or regulated data roaming services shall not exceed EUR 0,19 per minute, EUR 0,06 per SMS message and EUR 0,20 per megabyte used, respectively;”

The Commission adopted an implementing act with detailed rules on ‘fair use’ measures that operators may take to prevent abuse of roaming services and on a exemption that operators may apply for when the provision of regulated roaming services at domestic prices threatens the sustainability of their model for domestic tariffs. National regulators that authorize such exemptions are permitted to grant them only in exceptional circumstances and as determined by the methodology included in the implementing act. Article 6(b) of the Commission’s implementing act states that “any fair use policy shall enable the roaming provider’s customers to consume volumes of regulated retail roaming services at the applicable domestic retail price that are consistent with their respective tariff plans”. Article 6(e) establishes that Roaming providers are not to apply any surcharge to a regulated roaming SMS message received or to a roaming voicemail message received. This is to be without prejudice to other applicable charges such as those for listening to such messages.

Finally, the second paragraph of Article (e) stipulates that roaming providers are to charge roaming calls made and received on a per second basis and may apply an initial minimum charging period not exceeding 30 seconds to calls made.

Conclusion

On May 2017, the European Commission published a “mid-term review” of its Digital Single Market Strategy for Europe that assessed the work, which had been achieved two years after launching of the DSM¹²³ and laid out what remained to be done to fully meet the DSM objectives.

One of the most successful achievements of the DSM so far has been the entry into force of the “roaming regulation”¹²⁴ on June 15, 2017. It stipulates that Euro-

¹²³ Consilium Europa (European Council & Council of the EU), Press Releases, End of roaming charges in the EU: Joint statement by the European Parliament, the Council and the Commission, June, 14, 2017, last update October 24, 2017.

¹²⁴ Regulation (EU) No 531/2012...

pean citizens who travel from one member state to another should not be charged more than they would be at home for text messaging, calling or even browsing the internet from any other EU country.

Another important stage in the implementation of the DSM Strategy has been the adoption by EU legislative bodies of Regulation (EU) 2017/1128 on June 14, 2017, on cross-border portability of online content services in the internal market¹²⁵. This legislation ensures cross-border portability of the online content services to which a consumer subscribed in their member state of residence. That means consumers can continue using such online content services as watching films or sporting events, listening to music, reading e-books or playing games while temporarily traveling in other member states, e.g. on holidays or business.

Despite of those landmark achievements, the Strategy remains very much a work in progress. That is certainly the case with the proposed regulation on cross-border parcel delivery services, which is far from being adopted. Nevertheless, the European Parliament, the Council and the Commission reached a provisional agreement on December 13, 2017. As explained in section II (A) (2) of this paper, price transparency and regulatory oversight are the main elements of the proposed new regulation on cross-border parcel delivery. The aforementioned provisional agreement needs to be finally approved by the Parliament and the Council. It is expected to formally come into effect at the beginning of next year and should be fully applicable in 2019¹²⁶.

Last but not least, although adoption of the “geo-blocking regulation” by the European Parliament and of the Council which was adopted on February 27, 2018, is a big step forward for consumers who will now be able to shop freely across borders, it leaves out such products as e-books, video games and music.

When this Regulation comes into effect around Christmas this year, traders will have to serve foreign consumers ‘like the locals’. From buying Swedish furniture on an Italian website to renting a car for their next holidays in Spain, consumers will not have to higher prices, be offered different conditions or have their credit card refused because they live in another EU member state.

As we found in section I of this paper, this change will open many doors for consumers because the current restrictions are very often unjustified. One the main reasons given by many online retailers for not selling to foreign consumers is that they are contractually obliged by their suppliers not to sell products outside their own country¹²⁷. The Vertical Guidelines provide several example of

¹²⁵ Regulation (EU) 2017/1128 on June 14, 2017 // <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:02017R1128-20170630&from=EN> (accessed: 02.03.2018)

¹²⁶ Provisional agreement of December 13, 2017 between the European Parliament, the Council and the Commission on a new regulation on cross-border parcel delivery// http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5203_en.htm (accessed: 01.03.2018)

¹²⁷ European Commission; COM (2017) 229, para 350, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017SC0154> (accessed: 06.03.2018)

restrictions that are considered to have as their object restricting passive sales via the internet and therefore to be hardcore restrictions ineligible for the exemption provided in the VBER. For example, restrictions that require a retailer to apply different geo-blocking measures (such as blocking access to its website to customers located in another member state or re-routing customers to an alternative website) would be ineligible¹²⁸.

Once the geo-blocking regulation enters into force, such practices will automatically be deemed illegal. Is this finally the end of geo-blocking in Europe? Unfortunately, it seems the EU is only halfway there. The Regulation adopted by EU legislative bodies on the February 28, 2018, still allows suppliers to geo-block online services involving content protected by copyright. Geo-blocking for some services is here to stay...at least for a while.

Due to intensive lobbying from the copyright industry and a protectionist attitude from many national governments, products such as e-books, video games and music were excluded from the scope of the Regulation. The European Parliament and in particular its rapporteur MEP Roza Thun fought up to the last minute to keep those goods in but lost.

At least, legislators have agreed that in two years' time the Commission must submit a report on whether copyrighted services should also be included in the scope of the Regulation. This would be a game-changer for Europeans who would be able to access all content from other countries.

The new law against geo-blocking does show the determination of the EU authorities to give consumers the advantage of a single market, but it also shows the strength of the resistance by entrenched interests. Europeans expect decision makers to develop the conditions in which our increasingly networked market economy will thrive. Allowing consumers to decide from which provider to purchase products and services across the entire EU is a crucial element for this economic success, and European consumer associations will probably not accept half-way measures. Banning geo-blocking for shoes, tickets for theme parks or tablets is a good step, but it is not the top of the ladder. The geo-blocking ban should also cover TV programs, films, e-books and video games. That would boost European cultural diversity and not destroy it.

Twenty-five years after the establishment of a single market, European consumers have won their place in it. It must not take another quarter of a century before consumers no longer face access restrictions to content in the EU. After next year's European Parliament elections, policy makers should remind themselves to construct a single market that delivers to consumers as a whole and not as the sum of its national parts.

¹²⁸ Vertical Guidelines, para 52 // http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf (accessed: 06.02.2018)



References

- Ezrachi A. (2018) *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*. Oxford: Hart, 800 p.
- Faella G. (2018) *EU Competition Law. Vertical Restraints*. Deventer: Clayes & Castels, 450 p.
- Fox E. (2017) *EU competition law: cases, text and context*. Cheltenham: Elgar, 392 p.
- Gola R. (2013) *Droit du commerce électronique*. Paris: Gualino, 624 p.
- Hovenkamp H. (2017) *Principles of Antitrust*. Saint Paul (Minn.): West Academic Publishing, 678 p.
- Ibanez C. (2018) *Shaping of EU Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 348 p.
- Jones A. (2016) *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 1440 p.
- Kilpatrick B. (2018) *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*. Berlin: Springer, 622 p.
- Manara C. (2013) *Droit du commerce électronique*. Paris: L.G.D.J Systèmes, 184 p.
- Moreira A. (2016) *Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*. Cheltenham: Elgar, 423 p.
- Patterson M. (2017) *Antitrust Law in the New Economy*. Boston: Harvard University Press, 336 p.
- Rabagny-Lagoa A. (2016) *Droit du commerce électronique*. Paris: Ellipses, 144 p.
- Stucke M., Ezrachi A. (2016) *Virtual Competition*. Cambridge: Harvard University Press, 368 p.
- Schwemer F. (2018) *Licensing and Access to Content in the European Union: Regulation between Copyright and Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 300 p.
- Them D. (2017) *Global Governance of Competition. Law and Policy: key issues*. London: Amazon, 295 p.

Международные инструменты гармонизации законодательства о ликвидационном неттинге

 **А.П. Клементьев**

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

Аннотация

Предметом настоящей статьи является процесс гармонизации правового регулирования ликвидационного неттинга и важнейшие международные стандарты в рассматриваемой области. Ликвидационный неттинг — широко используемый на международных рынках способ прекращения обязательств по ряду финансовых сделок. Императивные нормы законодательства о банкротстве многих стран затрудняют осуществление ликвидационного неттинга, что приводит к необходимости принятия национальных законов, направленных на признание и юридическую защиту ликвидационного неттинга. При поддержке международных органов в области регулирования финансовых рынков были приняты международные стандарты в области гармонизации законодательства о ликвидационном неттинге. Основной задачей таких документов является формулирование модельных норм и принципов для использования законодателями и регуляторами в своей деятельности. Первым из таких актов стал Модельный закон о неттинге, разработанный и опубликованный Международной ассоциацией по свопам и деривативам в 1996 г. Впоследствии она опубликовала обновленные модельные акты о неттинге в 2002 и 2006 гг. На протяжении восьми лет модельные законы Ассоциации оставались единственными стандартами в рассматриваемой области и были использованы при принятии законов о неттинге в нескольких важнейших юрисдикциях. В дальнейшем в процессе гармонизации приняли участие авторитетные международные организации в области унификации частного права. Для упорядочения отношений по ликвидационному неттингу были приняты Руководство по вопросам несостоятельности ЮНСИТРАЛ (2004) и Принципы осуществления ликвидационного неттинга УНИДРУА (2013). Все рассматриваемые стандарты объединяет сфера применения (финансовые контракты) и направленность на ограничение некоторых институтов конкурсного права, таких как запрет зачета накануне и в процессе банкротства, право на оспаривание и отказ от исполнения сделок, а также установление моратория на прекращение обязательств. При этом наиболее предпочтительным для использования законодателями и регуляторами являются Принципы УНИДРУА, поскольку данный документ учитывает интересы всех сторон отношений по неттингу, а также последние тенденции в области правового регулирования финансовых рынков и восстановления платежеспособности финансовых институтов.



Ключевые слова

ликвидационный неттинг, гармонизация права, модельный закон, рекомендации законодателю, финансовые контракты, несостоятельность (банкротство).

Библиографическое описание: Клементьев А.П. Международные инструменты гармонизации законодательства о ликвидационном неттинге // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 4. С. 300–312.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.300.312

Современный этап развития частного права характеризуется сближением правовых систем отдельных государств посредством гармонизации и унификации правового регулирования. Одним из примеров гармонизации законодательства можно считать принятие в различных юрисдикциях близких по содержанию законов о ликвидационном неттинге. Ликвидационный неттинг представляет собой договорный механизм прекращения обязательств, применяемый при наступлении событий неисполнения в отношении одной или нескольких сторон финансовых сделок, заключаемых на организованных торгах или на внебиржевом рынке. В качестве событий неисполнения могут выступать обстоятельства, связанные с действиями сторон, или события общеэкономического характера¹.

Процедура ликвидационного неттинга состоит из трех стадий, среди которых выделяются прекращение сделок или акселерация требований по ним, оценка взаимных обязательств сторон и их взаимозачет. Таким образом, посредством ликвидационного неттинга происходит замена всей совокупности обязательств определенного вида между участниками неттинга единым нетто-обязательством, которое является разницей между стоимостью требований сторон. Важнейшим экономическим эффектом такой замены является снижение финансовых рисков — согласно регуляторной статистике такое снижение составляет 80%².

Результаты гармонизации отношений в области неттинга впечатляют — в настоящее время нормативные акты о неттинге приняты более чем в 40 странах³ и этот перечень постоянно пополняется. Впервые необходимость гармонизации законодательства в сфере неттинга была обоснована в 1990 г. в исследовании неттинга на межбанковском рынке, проведенном под эгидой

¹ Селивановский А.С. Зачет, взаимозачет, неттинг? // Хозяйство и право. 2009. №9. С. 60.

² Paech P. Close-Out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws // Journal of Corporate Law Studies. 2014. Part 2. P. 427.

³ Available at: http://www.isda.org/docproj/stat_of_net_leg.html (дата обращения: 19.02.2017)

Банка международных расчетов⁴. Получивший известность как «доклад Ламфалюсси», документ содержал выводы о благоприятном влиянии неттинга на банковский сектор, которое выражается в снижении кредитных и системных рисков, а также повышении ликвидности банковской системы. В отдельном разделе доклада, посвященном юридическим аспектам осуществления неттинга, было отмечено, что отсутствие надлежащей юридической защиты ликвидационного неттинга способно свести к нулю его положительные экономические эффекты, а полное устранение этих затруднений возможно только путем гармонизации соответствующих национальных законов⁵.

В дальнейшем вопрос о юридическом признании неттинга затрагивался в стандартах банковского регулирования, подготовленных Базельским комитетом по банковскому надзору (далее — Базельский комитет). В документе «Международная конвергенция измерения капитала и стандартов капитала» (Базель I) констатировалось отсутствие правовой определенности и положительной судебной практики в отношении ликвидационного неттинга. Эти обстоятельства стали причиной, по которой ликвидационный неттинг не был учтен в данном стандарте для целей определения требований к капиталу коммерческих банков, несмотря на его высокий потенциал снижения кредитных рисков.

Впоследствии под воздействием доклада Ламфалюсси Базельский комитет изменил свою точку зрения в специальном «Консультативном предложении» (1993)⁶. В нем указывалось на необходимость учета ликвидационного неттинга при выполнении определенных юридических требований. Однако полноценное признание ликвидационного неттинга было осуществлено в 2004 г. в стандарте «Базель II», содержащем подробное регулирование учета ликвидационного неттинга при определении требований к капиталу кредитных организаций⁷. Одним из условий такого признания является юридическая основа исполнения соглашений о неттинге вне зависимости от банкротства или несостоятельности контрагента.

Международная организация регуляторов рынка ценных бумаг (IOSCO), объединяющая государственные органы в области фондовых рынков, поддержала инициативу Базельского комитета. Так, в 1996 г. была принята «Резолюция о необходимости обеспечения признания соглашений о неттинге в отношении деривативных сделок»⁸, согласно которой члены IOSCO должны

⁴ Available at: <http://www.bis.org/cpmi/publ/d04.pdf> (дата обращения: 19.02.2017)

⁵ Fazio S. The Harmonization of International Commercial Law. New York, 2007. P. 122.

⁶ Available at: <http://www.bis.org/publ/bcbs11c.pdf> (дата обращения: 19.02.2017)

⁷ Available at: <http://www.bis.org/publ/bcbs107.pdf> (дата обращения: 19.02.2017)

⁸ Available at: <http://www.iosco.org/library/resolutions/pdf/IOSCORES13.pdf> (дата обращения: 19.02.2017)

предпринять усилия для обеспечения определенности в отношении исполнения соглашений о неттинге во всех юрисдикциях. Совет финансовой стабильности также подтвердил приверженность распространению ликвидационного неттинга в одном из своих документов⁹.

Призвав к гармонизации законов о неттинге и дав льготы финансовым институтам при наличии юридически защищенных соглашений о неттинге, международные органы в области регулирования финансовых рынков и банковского сектора создали благоприятную почву для осуществления изменений законодательства с целью признания ликвидационного неттинга. Однако в опубликованных данными органами документах нет предложений о принятии правовых норм. Зачастую разработка таких норм осуществляется международными организациями в области унификации частного права, однако роль «локомотива» в процессе сближения законодательства о ликвидации неттинге на начальном этапе взяла на себя неправительственная организация, не обладающая подобным мандатом — Международная ассоциация по свопам и деривативам (ISDA).

Ассоциация была создана в 1980-х гг. в Нью-Йорке по инициативе инвестиционного банка «Саломон Бразерс» с целью объединения участников рынка производных финансовых инструментов и изначально состояла из 10 банков¹⁰. В настоящее время ISDA является одной из крупнейших организаций такого типа по числу участников¹¹. Одним из видов деятельности ISDA являются разработка и публикация стандартной документации для заключения внебиржевых деривативных сделок на основе генеральных соглашений, которая носит характер источника *lex mercatoria* на финансовых рынках¹². Первые генеральные соглашения ISDA Interest Rate Swap Agreement¹³ и Interest Rate Swap and Currency Exchange Agreement¹⁴ были разработаны в 1987 г. и содержали положения о ликвидационном неттинге.

В ходе работы Ассоциация столкнулась с отсутствием в национальном законодательстве многих стран юридических норм о защите данного меха-

⁹ Available at: http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_141015.pdf (дата обращения: 19.02.2017)

¹⁰ *Harding P.* Mastering the ISDA Master Agreements (1992 and 2002): A Practical Guide for Negotiators. Harlow, 2004. P. 19.

¹¹ *Райнер Г.* Внебиржевые срочные сделки при банкротстве: сравнительно-правовое исследование актуальных инициатив по реформированию российского законодательства / Частное право и финансовый рынок: Сборник статей / отв. ред. М.Л. Башкатов. М., 2011. Вып. 1. С. 368.

¹² *Липовцев В.Н.* Соотношение *lex mercatoria* и законодательства Российской Федерации о рынке ценных бумаг (пробелы современного правового регулирования) // Бизнес в законе. 2012. № 2. С. 82.

¹³ Available at: <http://assets.isda.org/media/e0f39375/43fc082c-pdf/> (дата обращения: 19.02.2017)

¹⁴ Available at: <http://assets.isda.org/media/e0f39375/69d0db85-pdf/> (дата обращения: 19.02.2017)

низма¹⁵. Для решения проблемы ISDA перешла к обеспечению изменения национальных законодательств на основе разработанных ассоциацией модельных законов. Первая редакция Модельного закона о неттинге (ISDA Model Netting Act) была подготовлена в 1996 г. с целью «установления базовых принципов, необходимых для обеспечения двухстороннего ликвидационного неттинга»¹⁶. Документ стал первым международным стандартом в области гармонизации ликвидационного неттинга и послужил основой для признания неттинга в целом ряде стран¹⁷.

В настоящее время Ассоциация применяет Модельный закон ISDA (2006), который является обновленным вариантом модельных актов 1996 и 2002 гг.¹⁸ Согласно содержащемуся в Модельном законе определению, ликвидационным неттинг представляет собой процедуру из четырех этапов — прекращение обязательств по квалифицированным финансовым контрактам, их оценку, конвертацию полученных сумм в единую валюту и определение нетто-баланса путем зачета или иным образом. Модельный закон требует, чтобы условие о ликвидационном неттинге обязательно содержалось в одном или нескольких рамочных (генеральных) соглашениях.

Для описания круга сделок, в отношении которых может осуществляться неттинг, Модельный закон использует термин «квалифицированные финансовые контракты». При этом в документе приводится перечень квалифицированных финансовых контрактов, покрывающий «широкий спектр производных финансовых инструментов»¹⁹ и иных договоров. Центральные банки стран, имплементирующих положения о неттинге в национальное законодательство, имеют право расширить этот перечень путем издания соответствующего нормативного акта.

Положения, непосредственно направленные на юридическую защиту неттинга, содержатся в ст. 3 и 4 Модельного закона. По ст. 3 не допускается признание финансовых контрактов недействительными или отказ в их судебной защите на основе законодательства, регулирующего проведение игр и пари. Статья 4 содержит подробные положения о признании и судебной защите соглашения о ликвидационном неттинге, в том числе в отношении несостоятельного должника.

¹⁵ *Yeowart G., Parsons R. Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral. Cheltenham, 2016. P. 445.*

¹⁶ *Lomfeld B., Somma A., Zumbansen P. Reshaping Markets: Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia. Cambridge, 2016. P. 146.*

¹⁷ *Шамраев А.В. Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках. М., 2010. С. 124.*

¹⁸ *Краснов Ю.К. Реальный шаг к существенному снижению кредитных рисков на рынке деривативов // Вестник Финансового университета. 2009. № 2. С. 27.*

¹⁹ *Греков М.Н. Правовая природа неттинга в деривативных договорах // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 2. С. 85.*

В п. (а) ст. 4 изложено общее положение, согласно которому соглашение о неттинге должно быть исполнимо (*enforceable*) в соответствии с его условиями, и его действие не может быть приостановлено или ограничено действиями ликвидатора или нормами законодательства о банкротстве, реорганизации, а также положениями иных законов, которые применяются к несостоятельному должнику. Пункты (b) и (c) рассматриваемой статьи содержат положения об ограничении требований и обязательств по соглашению о неттинге после наступления банкротства размерами нетто-обязательства и нетто-требования, порядок определения которых предусмотрен Модельным законом.

Пункты (d)–(g) ст. 4 Модельного закона включают положения о нераспространении или ограниченном действии в отношении соглашений о неттинге некоторых институтов конкурсного права, которые могут негативно отразиться на его осуществлении. В частности, к квалифицированным финансовым контрактам не может применяться право управляющего в делах о банкротстве на отказ от исполнения или, наоборот, сохранение действия обязательств по таким контрактам (п. (d) ст. 4). Применение данного права допускается исключительно в отношении всего нетто-обязательства, возникшего в результате неттинга, но не в отношении отдельных сделок, которые охвачены соглашением о неттинге.

Равным образом к ликвидационному неттингу не применяются положения законодательства о банкротстве, направленные на ограничение осуществления зачета, взаимозачета или сальдирования обязательств между несостоятельным должником и его контрагентами (п. (e) ст. 4). Согласно следующему п. (f) рассматриваемой статьи, не допускается применение положений законодательства об оспаривании сделок с предпочтением или подозрительных сделок к платежам и обязательствам, возникающим на основе соглашения о неттинге, за исключением некоторых специальных случаев.

В соответствии с п. (g) ст. 4 Модельного закона полномочия судебных и государственных органов, а также арбитражных управляющих на наложение моратория или приостановления взыскания не должны приводить к ограничению действия или отсрочке в осуществлении ликвидационного неттинга. Кроме того, Модельный закон регулирует вопросы осуществления ликвидационного неттинга в отношении обеспечения (*collateral*) по финансовым сделкам и ряд специфических вопросов, возникающих при проведении неттинга по сделкам, заключенным через филиалы юридического лица, находящиеся в разных странах (*multibranch netting*).

Помимо непосредственной подготовки и публикации модельных законов о неттинге, ISDA регулярно предпринимает усилия к его имплементации в различных странах путем лоббирования²⁰. Добиваясь принятия закона о

²⁰ *Avgouleas E. Governance of Global Financial Markets: The Law, the Economics, the Politics. Cambridge, 2013. P. 454.*

неттинге в очередной юрисдикции, Ассоциация направляет письмо локальному регулятору²¹, органам исполнительной власти²² или представителю законодательного органа²³, содержащее последнюю версию модельного закона. Пока модельные законы ISDA оставались единственными инструментами гармонизации в области ликвидационного неттинга (1996–2004), к странам, уже имевшим законодательство о неттинге, добавились Португалия (1997), Австралия (1998), Япония (1998), Новая Зеландия (1999), Венгрия (2001) и Польша (2003).

Перечень инструментов гармонизации неттинга пополнился в 2004 г. с публикацией Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) Руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности²⁴ (далее — Руководство ЮНСИТРАЛ). С целью уменьшения системных рисков, угрожающих стабильности финансовых рынков, в Руководство были включены рекомендации 101–107, касающиеся ликвидационного неттинга в отношении финансовых контрактов в ходе процедур банкротства.

Сфера действия Руководства в части неттинга схожа со сферой действия Модельного закона: документ предусматривает возможность осуществления неттинга в отношении финансовых контрактов. При этом в отличие от Модельного закона, перечня сделок, которые могли бы считаться таковыми, в тексте документа нет. В Руководстве ЮНСИТРАЛ указано, что финансовые контракты должны быть определены широко, чтобы охватить все новые типы финансовых сделок при их появлении (рекомендация 107) и их стороной не обязательно должен являться финансовый институт (рекомендация 106). В отличие от Модельного закона, условия о неттинге не должны являться частью какого-либо генерального соглашения и могут применяться в иной форме.

При моратории на прекращение сделок или ограничении действия положений об автоматическом прекращении обязательств при наступлении банкротства такие положения не должны распространяться на финансовые контракты. Кроме того, рекомендация 102 содержит положение о неприменении запретов на осуществление зачета до и после начала процедур банкротства. Руководство предусматривает нераспространение правил об оспаривании сделок (*avoidance provisions*), совершенных накануне банкротства, на процедуры ликвидационного неттинга.

²¹ Available at: <http://www.isda.org/speeches/pdf/KZ-Ltr-AFN.pdf> (дата обращения: 19.02.2017)

²² Available at: http://www.isda.org/speeches/pdf/SVN_NettingLtr-MoJ_v1.pdf (дата обращения: 19.02.2017)

²³ Available at: http://arb.ru/site/docs/other/Kom20_RUS_BanksInsolvBill_Engl_Russian_Sep07.pdf (дата обращения: 19.02.2017)

²⁴ Available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html (дата обращения: 19.02.2017)

Представляется, что публикация Руководства не повлияла на статус Модельного закона ISDA как основного инструмента гармонизации в области неттинга. Рекомендации ЮНИСИТРАЛ являются менее подробными, чем аналогичные положения Модельного закона о неттинге ISDA и ограничены исключительно рамками процедур несостоятельности. Тем не менее, Руководство является первым стандартом в области неттинга, разработанным международной организацией, что имело существенное значение для распространения гармонизации отношений по ликвидационному неттингу.

Вслед за ЮНСИТРАЛ к гармонизации правового регулирования ликвидационного неттинга подключилась другая авторитетная международная организация — Римский институт международного частного права (УНИДРУА). Первым разработанным УНИДРУА документом, содержащим положения о ликвидационном неттинге, является Конвенция о материальных нормах для ценных бумаг находящихся у посредника (2009) (далее — Женевская конвенция)²⁵. В Конвенцию были включены положения о защите неттинга в отношении обеспечения в виде ценных бумаг, однако до настоящего времени документ не вступил в силу по причине недостаточного количества государств, присоединившихся к Конвенции.

Вопреки предположению, что значение Модельного закона будет снижаться с распространением Женевской конвенции²⁶, потеснить Модельный закон в качестве основного инструмента гармонизации способен только другой документ, разработанный УНИДРУА. Принципы УНИДРУА об осуществлении ликвидационного неттинга (2013) (далее — Принципы неттинга УНИДРУА) являются последним по времени принятия и наиболее полным документом, направленным на гармонизацию законодательства о ликвидационном неттинге. Данный документ стал результатом интенсивной работы УНИДРУА в период с 2011 по 2013 гг., в которой участвовали представители международных организаций, регуляторов финансового рынка, представителей делового и академического сообщества²⁷. Принципы неттинга УНИДРУА отражают формирующееся мировое в сфере неттинга правосознание²⁸ и являются своего рода ответом на вызовы, вставшие перед мировым сообществом в ходе глобального экономического кризиса²⁹.

²⁵ Available at: <http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/convention.pdf> (дата обращения: 19.02.2017)

²⁶ Шамраев А.В. Указ. соч. С. 124.

²⁷ Baber G. Essays on International Law. Cambridge, 2017. P. 46.

²⁸ Вишневецкий П.Н. Правоотношения на международном финансовом рынке // Международное право и международные организации. 2014. № 3. С. 405.

²⁹ Mallard G., Sgard J. Contractual Knowledge: One Hundred Years of Legal Experimentation in Global Markets. Cambridge, 2016. P. 390.

Как следует из вводной части Принципов неттинга они адресованы законодателям и государственным служащим государств, которые намереваются имплементировать правовые нормы о неттинге в национальное законодательство. Из сферы действия документа исключены сделки между физическими лицами, заключенные с целью личного, семейного и домашнего потребления. Принцип 1 «Пределы действия Принципов» содержит положения о сфере действия документа. В соответствии с ним, данный инструмент гармонизации регулирует процедуру осуществления ликвидационного неттинга между допустимыми сторонами (*eligible parties*) в отношении разрешенных обязательств (*eligible obligations*).

Принцип 2 «Определение положения о ликвидационном неттинге» содержит дефиницию ликвидационного неттинга, основанную на функциональном подходе, т.е. вместо определения правовой природы ликвидационного неттинга авторы документа предпочли описать порядок действия данного механизма. Такое определение является широким и нейтральным для того, чтобы охватить различные виды договорных конструкций, которые обеспечивают одинаковый результат³⁰. Принципы 3 и 4 также содержат ряд определений важнейших терминов, таких как допустимые стороны (*eligible counter parties*), квалифицированный участник финансового рынка (*qualified participant of financial market*), публичные органы (*public authority*) и разрешенные обязательства (*eligible obligations*).

Принципы 5–8 содержат положения, которые «непосредственно относятся к условиям о ликвидационном неттинге»³¹. Важное значение имеет Принцип 5 «Формальные действия и требования о репортинге», согласно которому осуществление неттинга не должно зависеть от выполнения формальных требований, за исключением существования положения о ликвидационном неттинге в письменной или иной эквивалентной форме, а также использования стандартной документации какой-либо торговой организации. Кроме того, имплементирующие государства не должны ставить действие неттинга в зависимость от поступления информации о сделках в торговый репозиторий или аналогичные организации.

Принцип 6 «Общее осуществление положений о ликвидационном неттинге» содержит требование о судебной защите ликвидационного неттинга. Ключевым пунктом всего документа³² является Принцип 7, в который включены положения о признании ликвидационного неттинга условиях банкротства. Принцип 8 посвящен действию ликвидационного неттинга в условиях мер по восстановлению платежеспособности финансовых организаций.

³⁰ *Haentjens M., Wessels B. Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector. Cheltenham, 2015. P. 332.*

³¹ *Вишневский П.Н. Указ. соч. С. 407.*

³² *Raech P. Op. cit. P. 428.*

На основе сравнительного анализа Принципов неттинга УНИДРУА и других документов в области гармонизации законодательства о ликвидационном неттинге можно сделать следующие выводы. Во-первых, принципы УНИДРУА содержат ограниченный перечень участников отношений по неттингу. В частности, сторонами указанных отношений не могут быть домохозяйства, а нефинансовые организации могут становиться таковыми только в случаях, специально предусмотренных нормативными актами. Такое ограничение субъектного состава сторон ликвидационного неттинга появилось в актах гармонизации неттинга впервые.

Во-вторых, согласно Принципам УНИДРУА положение о неттинге не должно являться частью какой-либо стандартной документации и может содержаться в любых соглашениях сторон или осуществляться на биржевом рынке, что существенным образом отличает данный документ от Модельного закона. В-третьих, впервые в документах о гармонизации неттинга говорится о недопустимости дополнительных условий для признания данного механизма, таких как репортинг и выполнение формальных требований.

В-четвертых, в отличие от Модельного закона и Руководства ЮНСИТРАЛ, Принципы неттинга УНИДРУА учитывают последние тенденции в области правового регулирования восстановления платежеспособности кредитных организаций и допускают наложение моратория (*stay*) на объявление дефолта с целью дальнейшего осуществления ликвидационного неттинга. Наконец, *Принципы УНИДРУА* предусматривают исключения из требований о нераспространении ограничительных институтов конкурсного права на ликвидационный неттинг, которые не были известны ранее опубликованным международным инструментам гармонизации неттинга.

Таким образом, рассмотренные международные инструменты гармонизации в области ликвидационного неттинга объединяет два обстоятельства — сфера действия (ограничивается финансовыми контрактами) и направленность на «нейтрализацию» потенциально «недружественных» норм конкурсного законодательства. Среди институтов конкурсного права, которые затрагиваются в инструментах гармонизации, выделяются следующие: право выбора управляющим сделок, запрет зачета накануне банкротства, право на оспаривание сделок и наложение моратория на их прекращение.

Принципы неттинга, Модельные законы о неттинге и Руководство ЮНСИТРАЛ, а также опыт принятия законов о неттинге, накопленный в странах с разными правовыми системами, будут способствовать дальнейшему распространению процесса гармонизации права в этой области. Важным обстоятельством, способствовавшим проведению эффективной гармонизации правового регулирования неттинга, вплоть до настоящего времени являлась поддержка ликвидационного неттинга всеми заинтересованными

лицами, т.е. консенсус участников финансовых рынков, регуляторов и законодателей³³. Если этот консенсус не будет утрачен в будущем, гармонизация законодательства о ликвидационном неттинге сможет претендовать на характер универсальной и охватить максимально возможное количество стран.



Библиография

Вишневецкий П.Н. Правоотношения на международном финансовом рынке // Международное право и международные организации. 2014. № 3. С. 397–420.

Греков М.Н. Правовая природа неттинга в деривативных договорах // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 2. С. 84–91.

Липовцев В.Н. Соотношение *lex mercatoria* и законодательства Российской Федерации о рынке ценных бумаг (пробелы современного правового регулирования) // Бизнес в законе. 2012. № 2. С. 82–85.

Райнер Г. Внебиржевые срочные сделки при банкротстве: сравнительно-правовое исследование актуальных инициатив по реформированию российского законодательства / Частное право и финансовый рынок: Сборник статей / отв. ред. М.Л. Башкатов. М.: Статут, 2011. Вып. 1. С. 357–401.

Селивановский А.С. Зачет, взаимозачет, неттинг? // Хозяйство и право. 2009. № 9. С. 57–61.

Avgouleas E. Governance of Global Financial Markets: The Law, the Economics, the Politics. Cambridge: University Press, 2013. 477 p.

Baber G. Essays on International Law. Cambridge: University Press, 2017. 448 p.

Böger O. Close-out Netting Provisions in Private International Law and International Insolvency Law (Part I) // Uniform Law Review. 2013. P. 232–261.

Fazio S. Harmonization of International Commercial Law. Alphen an den Rijn: Kluwer Law International, 2007. 272 p.

Haentjens M., Wessels B. Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector. Cheltenham: Edward Elgar, 2015. 603 p.

Harding P. Mastering the ISDA Master Agreements (1992 and 2002): A Practical Guide for Negotiators. Harlow: Prentice Hall, 2004. 256 p.

Lomfeld B., Somma A., Zumbansen P. Reshaping Markets: Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. 369 p.

Mallard G., Sgard J. Contractual Knowledge: One Hundred Years of Legal Experimentation in Global Markets. Cambridge: University Press, 2016. 409 p.

Paech P. Close-Out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws // Journal of Corporate Law Studies. 2014. Vol. 14. Part 2. P. 419–452.

Yeowart G., Parsons R. Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. 835 p.

³³ Böger O. Close-out Netting Provisions in Private International Law and International Insolvency Law (Part I) // Uniform Law Review. 2013. Vol. 18. P. 236.

International Instruments for Close-out Netting Laws Harmonization



Andrey Klement'ev

Postgraduate student, Department of International Public and Private Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: aklementiev@hse.ru



Abstract

The subject matter of the article is the process of harmonizing close-out netting regulation and the most important international standards in this area. Close-out netting is a contractual instrument for the termination of obligations under a range of financial transactions that is widely used in international markets. Mandatory bankruptcy rules in many countries hinder close-out netting operation resulting in the need for adopting national laws aimed at the recognition and enforceability of close-out netting. Supported by international bodies in the field of financial markets regulation, international standards for the harmonization of close-out netting legislation were adopted. The main objective of these instruments is the formation of model rules and guidelines to be used by legislators and regulators in their activities. Model Netting Act, drafted and published by the International Swaps and Derivatives Association in 1996, became the first in a range of such documents. Subsequently, the organization has published updated model netting laws in 2002 and 2006. For eight years, these model acts were the only standards in that area and have been used for implementing netting laws in several key jurisdictions. Subsequently, renowned international organizations in the field of unification of private law joined the harmonization process. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (2004) and UNIDROIT Principles of Close-out Netting (2013) were adopted to put close-out netting relations in order. All close-out netting instruments have similar scope (financial contracts) and are focused on the restriction of certain institutions of insolvency law, such as the prohibition of set-off shortly before and amidst the bankruptcy process, the right to challenge or reject the execution of transactions as well as imposing a moratorium on the termination of obligations. However, the UNIDROIT Principles can be considered as the most preferred tool for legislators and regulators since the document takes into account the interests of all the parties involved as well as the latest developments in the field of financial markets regulation and financial institutions resolution.



Keywords

close-out netting, harmonization of laws, model law, recommendations to lawmakers, financial contracts, insolvency (bankruptcy).

Citation: Klementiev A.P. (2018) *International Instruments for Close-Out Netting Laws Harmonization*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 300–312 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.300.312



References

Avgouleas E. (2013) *Governance of Global Financial Markets: The Law, the Economics, the Politics*. Cambridge: CUP, 477 p.

Baber G. (2017) *Essays on International Law*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 448 p.

- Böger O. (2013) Close-out Netting Provisions in Private International Law and International Insolvency Law (Part I). *Uniform Law Review*, vol. 18, pp. 232–261.
- Fazio S. (2007) *The Harmonization of International Commercial Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 272 p.
- Grekov M.N. (2015) Pravovaya priroda nettinga v derivativnykh dogovorakh [Legal Nature of Netting in Derivative Contracts]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no 2, p. 84–91.
- Haentjens M., Wessels B. (2015) *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*. Cheltenham: Edward Elgar, 603 p.
- Harding P. (2004) *Mastering the ISDA Master Agreements (1992 and 2002): A Practical Guide for Negotiators*. Harlow: Prentice Hall, 256 p.
- Lipovtsev V.N. (2012) Sootnoshenie lexmercatoria i zakonodatel'stva Rossiyskoy Federatsii o rynke tsennykh bumag (probely sovremennogo pravovogo regulirovaniya) [Lex Mercatoria and Russian Legislation on Securities Market (Gaps in Legal Regulation)]. *Biznes v zakone*, no 2, pp. 82–85.
- Lomfeld B., Somma A., Zumbansen P. (2016) *Reshaping Markets: Economic Governance, Global Financial Crisis and Liberal Utopia*. Cambridge: Cambridge University Press, 369 p.
- Mallard G., Sgard J. (2016) *Contractual Knowledge: One Hundred Years of Legal Experimentation in Global Markets*. Cambridge: CUP, 409 p.
- Paech P. (2014) Close-Out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws. *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 14, part 2, pp. 419–452.
- Rayner G. (2011) Vnebirzhevye srochnye sdelki pri bankrotstve: sravnitel'no-pravovoe issledovanie aktual'nykh initsiativ po reformirovaniyu rossiyskogo zakonodatel'stva [Off-exchange Transaction in Bankruptcy: Comparative Law Research of Current Initiatives on Reforming Russian Legislation]. *Chastnoe pravo i finansovyy rynek* [Private Law and Financial Market]. M.L. Bashkatov (ed.). Moscow: Statut, pp. 357–401.
- Selivanovskiy A.S. (2009) Zachet, vzaimozachet, netting? [Offset, Set-off, Netting?]. *Khozyaystvo i pravo*, no 9, pp. 57–61.
- Vishnevskiy P.N. (2014) Pravootnosheniya na mezhdunarodnom finansovom rynke [Legal Relations on International Financial Market]. *Mezhdunarodnoe pravo i mezhdunarodnye organizatsii*, no 3, pp. 397–420.
- Yeowart G., Parsons R. (2016) *Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral*. Cheltenham: Edward Elgar, 835 p.

Доказывание источника происхождения имущества в Словацкой Республике

Й. Стиеранка

профессор Полицейской академии Братиславы, PhD. Адрес: 83517 Республика Словакия, Братислава, ул. Склабинская, 1. E-mail: jozef.stieranka@minv.sk



Аннотация

Данная статья состоит из двух частей. В первой части рассмотрены содержательные, теоретические и методологические основы выявления нелегально приобретенного имущества. Процесс выявления определен как процессуальная, когнитивная, циклическая деятельность, с помощью которой исследуется латентная уголовная деятельность и латентные незаконные действия, за счет которых приобретает незаконное имущество. Приведены основные признаки и характеристики процесса выявления как криминалистической деятельности. Во второй части статьи подвергнут анализу Закон № 101/2010 «О доказывании источника происхождения имущества», который вступил в силу 01.01.2011. За все время действия Закон так и не выполнил своей задачи и не оправдал связанных с ним ожиданий. Ни по одному делу суд не вынес решения о конфискации имущества проверяемого лица. Данный факт подтверждает, что меры, определенные в Законе, неэффективны, и, чтобы Закон достиг своей цели, необходимо его обновить. В связи с тем, что Закон № 101/2010 своими положениями ограничивает имущественные права граждан, было необходимо внести изменения в соответствующие статьи Конституции Словакии, связанные с легальным способом приобретения имущества, а также ввести исключения, связанные с возможными ограничениями имущественных прав в ситуации, когда имущество было получено незаконным путем или из нелегальных источников. При работе над проектом Закона № 101/2010 в качестве основного принципа использовалось предположение, что каждый способен документально подтвердить источники своих имущественных доходов. Была также использована практика правоприменения таких государств/административных образований, как Италия, Англия, Уэльс. Во многих европейских государствах часто избирается подобная мера с использованием гражданского судопроизводства, если нет возможности уголовного преследования. Гражданское судопроизводство по сравнению с уголовным является более гибким, так как последнее основывается на презумпции невиновности, запрещении ретроактивности, бремени доказывания, возложенного на государство.



Ключевые слова

Словакия, Закон № 101/2010, информационный цикл, нелегальное имущество, источник имущества, латентные незаконные действия, имущественный контроль (проверка), финансовая полиция, орган финансовой разведки.

Библиографическое описание: Стиеранка Й. Доказывание источника происхождения имущества в Словацкой Республике // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 3. С. 313–333.

JEL: K4; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.313.331

1. Теоретические, содержательные и методологические основы выявления нелегального приобретенного имущества

При теоретическом определении понятия выявления нелегального полученного имущества необходимо основываться на содержании характеристики понятия выявления как специального криминалистического способа деятельности. Исходя из этого, понятие «выявление нелегально полученного имущества» можно выводить из понятия «выявление уголовной деятельности», которое, в свою очередь, означает процессуальную когнитивную деятельность, направленную на изучение латентной преступности. Для определения значения понятий «выявление уголовной преступности» и «выявление нелегально полученного имущества» важны следующие характеристики: 1) *характер когнитивной деятельности (изучение/познание латентной преступности, нелегально полученного имущества)*; 2) *процессуальный характер*; 3) *цикличность*; 4) *работа с информацией*.

Характер когнитивной деятельности

Изучение/познание преступности — целеустремленный систематический процесс правоохранительных и государственных органов, направленный на получение, суммирование, классификацию, оценку и анализ информации о преступности и конкретных преступлениях, преступниках, жертвах, который создает основания для возбуждения уголовного дела и начала уголовного преследования в отношении конкретных лиц. Изучение преступности можно реализовывать, используя криминалистические методы (действия), которые являются составной частью полицейской деятельности в области безопасности и охраны общественного порядка. Полицейскую деятельность в области безопасности и охраны общественного порядка определяют как систему мер и задач органов полиции и безопасности, в первую очередь криминалистических, административных, организационно-управленческих, основанных на конституции, законах и иных нормативно-правовых актах, в том числе международных договорах, этических принципах и научных знаниях. Основной задачей является борьба с уголовной и иной антиобщественной деятельностью.

ственной деятельностью, охрана общественного порядка, жизни, здоровья и имущества¹. В полицейской деятельности выделяются следующие ее виды: 1) розыскная (относится к лицам и вещам/предметам, связанным с уголовной деятельностью или неизвестностью); 2) следственная (относится к выявленной преступности); 3) выявление (относится к латентной преступной деятельности)².

Исходя из вышеописанной классификации, можно сделать вывод, что выявление преступной деятельности связано с латентной преступной деятельностью, а не с расследованием зарегистрированной преступности. В отличие от выявления, когда данный процесс относится к скрытой преступной деятельности, следственная деятельность — это процесс, который относится к уже зарегистрированной преступной деятельности. Данный процесс начинается возбуждением уголовного дела и имеет характерные черты, форму, с описанием конкретных признаков, в том числе для нужд статистики о раскрываемости преступности.

Выявление — деятельность, в результате которой латентная преступность становится известной. Методологическую основу выявления в криминалистике образует теория отражения, «так как выявление уголовного преступления означает выяснить, открыть, найти деяние, которое закон определяет как уголовное преступление»³. Изучение преступности с помощью выявления — это процесс получения, анализа и оценки информации, которая скрыта в материальных ситуациях, имеющих отношение к уголовной деятельности и к субъекту уголовного деяния (обнаруженные и декодируемые изменения, являющиеся последствиями уголовного деяния, — следы уголовного преступления). Содержанием отражения уголовного преступления является способность одной материальной системы и объектов отражать в другой форме свойства иных материальных систем и объектов. В отражающей системе появляются изменения под воздействием отражаемой системы. Данные изменения в определенной мере демонстрируют свойства отражаемой системы. Событие уголовного преступления — это одно из материальных явлений объективной реальности, в течение которого приходят к взаимодействию (взаимному влиянию) элементы и обстоятельства уголовного преступления, в первую очередь, между лицами, совершившими преступление, между использованными ими средствами (орудиями) и материальной средой (местом преступления), между предметом преступления и сознанием

¹ Filák A., Porada V. Pojem, Obsah a hlavní organizačne taktické formy policejné bezpečnostní činnosti // Policajná teória a prax. 2006. č. 4. S. 8.

² Nesnídal J. Neodvratnost trestního postihu a operativně pátrací činnost. Praha: Kriminalistický ústav VB, 1989. S. 80.

³ Porada V. Teorie kriminalistických stop a identifikace. Praha: Academia, 1987. S. 20.

людей, например, свидетелей. Результатом взаимного воздействия является отражение в виде изменений в материальной среде (материальные следы) и изменений в создании людей (следы в памяти)⁴.

На основании вышеизложенного наиболее характерными объектами познания при выявлении являются: 1) лицо, совершившее преступление; 2) объект преступления; 3) орудия преступления; 4) жертва/потерпевший; 5) иные объекты.

Данные объекты в течение криминалистического релевантного события сталкиваются, между ними происходят различные контакты, в том числе и обмен информацией. Перенос данной информации может иметь различную интенсивность, и передачу информации не всегда возможно определить текущими техническими и иными средствами. Изменения в среде, вызванные лицом и действиями субъекта преступления, можно определить в соответствии с признаками (индикаторами) и группами индикаторов. В данной ситуации действует целый ряд правил, например: 1) связь объектов и явлений материального мира (действие субъекта преступления, характеристики его личности, которые отражаются в окружающей среде); 2) наличие необходимой взаимосвязи между причиной и следствием (определенное явление происходит при определенных условиях); 3) причинность — типичные процессы приносят определенные изменения, которые должны наступить в аналогичных условиях; 4) уникальность, индивидуальность каждого проявления (возможность распознавания показателей преступления проявляется в виде тенденции, возникающей в результате исследований; многие случаи латентной преступности остаются скрытыми) и возможность воспринимать их отличия.

Не существует криминалистической ситуации, в процессе которой не происходило бы взаимного воздействия между конкретными элементами в виде передачи информации, относящейся к конкретным объектам и предметам, независимо от того, когда произошли изменения в среде (в момент реализации субъектом объективной стороны преступления или на иных этапах его действий).

Выявление преступной деятельности означает деятельность, направленную на установление существования деяния, которое принято квалифицировать как преступление, о котором не было сообщено органам полиции, или которое иными способом не было зарегистрировано в полицейской статистике⁵. Выявление характеризуют как систему, включающую элементы, основным признаком которых является активная деятельность, направлен-

⁴ Porada V., Straus J. Kriminalistická stopa // Kriminalistika. 1997. č. 3. S. 187.

⁵ Nesnídal J. Neodvratnost trestního postihu a operativně pátrací činnost. Praha: Kriminalistický ústav VB, 1989. S. 92.

ная на открытие латентной информации, характеризующей (определяющей) незаконное уголовное деяние. Элементы преступной активности имеют характерный предмет выявления, отраженный в информации, которая данной деятельностью выходит «на поверхность», так как до этого она была неизвестна.

Работа с информацией

Работа с информацией — самая значительная сторона в области выявления латентной преступности, в том числе и при выявлении имущества, полученного нелегальным путем. По сути это поиск и работа с информацией, которая имеет характер индикатора уголовной деятельности, индикатора нелегально приобретенного имущества. Это активная деятельность, направленная на выявление неизвестной информации, которая до данного момента не была выявлена и которая характеризует преступное действие или нелегально полученное имущество. В данной ситуации криминальное действие — синоним полицейской релевантной ситуации⁶. Это выполнение целого ряда самостоятельных, но взаимосвязанных, логических последовательных действий и дополнительных мероприятий. Таким способом изучается криминальная деятельность с целью контроля; к контрольной деятельности также можно отнести и выполнение задач по охране граждан. Данная деятельность содержит в себе все общественные стратегии и санкции, цель которых — соблюдение гражданами норм законодательства.

Процессуальная деятельность

Важным признаком выявления уголовной деятельности и нелегально полученного имущества, является то, что это процессуальная деятельность. Основным признаком процесса выявления — действительность. Выявление начинается в момент, когда еще не начато уголовное преследование (не возбуждено уголовное дело), на основании которого существует подозрение о преступной деятельности или нелегально полученного имущества. Выявление осуществляется тогда, когда преступная деятельность еще латентна. Данный способ является составной частью стратегии выявления латентных преступлений и латентной нелегальной деятельности⁷.

Выявление уголовной деятельности является не однократным действием, а процессом самостоятельной деятельности и оперативных мероприятий,

⁶ Šimovček I. Vedúci riešiteľského tímu, Záverečná správa z výskumu. Konštituovanie policajno-bezpečnostnej vedy. Bratislava: Akadémia PZ, 1997. S. 68.

⁷ Lisoň M. Odhaľovanie kriminality páchanej v ekonomike. Bratislava: Akadémia PZ, 2001. S. 109.

осуществляемых последовательно. Можно сказать, что выявление — это процесс, в котором в определенном порядке и взаимосвязи осуществляются различные действия и оперативные мероприятия, цель которых — познание неизвестных обстоятельств, определяющих как незаконные действия уголовное преступление или субъект преступления. Выявление деятельности имеет свойства и характер когнитивной процессуальной деятельности, в ходе которой из стадии неизвестности идет продвижение к познанию. Если отталкиваться от теории криминалистических следов и криминалистической идентификации, которая включает в процесс выявления анализ и оценку информации, скрытой в материальных ситуациях, то выявление охарактеризуется как оперативный процесс последовательно связанных действий, среди которых выделим следующие.

1. Получение первичной информации (знание, индикатора, сигнала) о ситуации, совершенном или совершаемом преступлении или нелегальной деятельности, посредством которой было получено имущество.
2. Сбор и поиск дополнительной информации.
3. Оценка информации.
4. Анализ информации.
5. Логические выводы.

Этапы и цикличность

Важные черты выявления как когнитивного процесса — это этапность и цикличность. Выявление как процесс, в рамках которого осуществляется вышеописанная деятельность, осуществляется в фазах и циклах. В определенном моменте могут осуществляться одновременно несколько этапов выявления. Процесс выявления уголовных преступлений и процесс выявления нелегально полученного имущества осуществляются в информационном цикле.

Первый этап выявления преступной нелегальной деятельности, с помощью которых было получено нелегальное имущество, — это получение индикатора о преступлении или незаконном деянии. Можно его обозначить как индикацию, или обозначение преступной нелегальной деятельности. Данный этап очень важен, так как является началом, из которого проистекают и зависят дальнейшие действия, предпринимаемые в процессе выявления. Поэтому необходимо, чтобы полученные индикаторы были достаточными для выявления уголовного преступления, с помощью которого было получено имущество.

Индикатор уголовного преступления, с помощью которого было получено нелегальное имущество, — это первичное знание (информация) о явлении, отличающееся от нормальной ситуации, которая соответствует соблюдению законов и установлений. Такая информация — первичное познание

о возможно готовящейся, совершаемой или совершенной уголовной или нелегальной деятельности. Определение индикатора имеет широкое толкование, характер и значение которого проявляются в различных возможных способах, используемых при его формулировании. Это первичное знание о каком-либо явлении, на основании которого начинается процесс познания. Также его можно понимать как сигнал, информирующий о ситуации, которая привлекает к себе внимание, или как «погрешность нормальной ситуации, которую мы знаем и которая соответствует соблюдению законов, установлений и иных общественных норм»⁸.

Кроме этого, индикатор может представлять и форму проявления явления, т.е. мы узнаем о предметах и явлениях через их внешние проявления. Не всегда возможно найти и корректно интерпретировать комбинацию индикатора и явления. Субъекты преступлений используют пробелы в законах. В связи с тем, что их деятельность находится в противоречии с интересами общества, их намерения и средства, которые они используют для достижения своих целей, детально проработаны и скрыты. Во взаимосвязи с общей методологической основой выявления можно констатировать, что каждое действие оставляет за собой «следы», которые мы можем использовать как индикаторы уголовных деяний и нелегальной деятельности, с помощью которых получено нелегальное имущество.

Получение индикаторов или их определение — это часто очень трудная деятельность, которая в процессе выявления образует первый этап и требует строгой координации. При определении индикаторов можно использовать и интуитивные методы, которые относятся к методам научного познания. Интуитивные методы основываются на теоретической эрудиции и практическом опыте высококвалифицированных специалистов. Под интуицией понимается «сверхъестественное восприятие/вдохновение». Это процесс, при котором научная проблема решается при отсутствии корректной аргументации. Есть результат, но путь к нему отсутствует. Ассоциации, которые возникли в психике субъекта, остались скрытыми. Такое решение всегда необходимо тщательно обосновать. При этом важности интуиции данный факт не снижает. Наоборот, интуиция играет важную роль при решении запутанных вопросов (включая криминологические, криминалистические и т.п.). Обязательным условием использования данного метода является высокая квалификация специалистов⁹.

Интуитивные методы основаны на индуктивной логике. При идентификации уголовного преступления, посредством которого получено нелегаль-

⁸ *Látal I. Príznaková analýza a možnosti jejího užití v policejní praxi // Kriminológia. 1996. č. 1. S. 73.*

⁹ *Holcr K. Logika, metodológia a metódy vedeckého poznania. Bratislava: Akadémia PZ, 1996. S. 59–60.*

ное имущество, необходимо учитывать различные элементы, связанные с процессом выявления, а именно: 1) индикаторы уголовных преступлений и незаконной деятельности; 2) место проявления индикаторов; 3) субъекты получения индикаторов; 4) способы получения индикаторов.

Индикаторы уголовных преступлений и нелегальной деятельности зашифрованы в способах их совершения. Способ совершения уголовных преступлений можно охарактеризовать как самостоятельную (но относительно закрытую) систему, взаимосвязи которой с различными иными системами нельзя исключить¹⁰.

На втором этапе выявления полученные индикаторы дополняются сбором дополнительной информации, направленной на все признаки состава преступления или нелегальной деятельности, которая подтверждает или опровергает изначальные первичные сигналы о совершении преступного деяния и нелегальном приобретении имущества. Для этого используются информационные системы и различные информационные базы Полицейского корпуса и иных органов безопасности. Сбор дополнительной информации можно осуществлять и с помощью специальных методов и средств.

На третьем этапе выявления необходимо всю полученную информацию оценить с точки зрения достоверности и правдивости. В процессе выявления сотрудники полиции и иных органов безопасности получают большое количество разнообразной по качеству информации из большого количества источников. Поэтому необходимо, чтобы информация сразу же оценивалась. Правильная оценка информации связана с оценкой достоверности источника его получения, правдивости ее содержания. Оценка информации очень важна при последующем анализе полученной информации и разработке логических выводов. Поэтому в Словакии действует стандартизированная система оценки информации (система 4x4), которая позволяет проводить сравнение различной информации и одинаковую их идентификацию незаинтересованными лицами. Система оценки «оперативной информации» Словакии полностью совместима с подобными системами, используемыми в странах Европейского союза. Полученную информацию необходимо классифицировать в соответствии с ее качеством и зафиксировать. В первую очередь это касается той части информации, которая может быть использована в соответствии с установленными целями. Фиксированием создается документальное отражение (документация) всех важных фактов, которые характеризуют процесс и выводы выявления.

Самостоятельный четвертый этап выявления — анализ полученной информации. Анализ информации — это деятельность, при которой изучаются связи и взаимоотношения между информацией, прошедшими этап

¹⁰ Straus J. et al. Úvod do kriminalistiky. Plzen: Aleš Čeněk, 2004. S. 56.

оценки. Криминалистический анализ означает проверку всей полученной, собранной и доступной информации, оценку взаимосвязей и интерпретацию с целью повышения эффективности контроля над преступностью¹¹. Это процесс качественного познания взаимных и причинно-следственных связей между информационными данными. Также его можно понимать как трансформацию данных и информации в конечный продукт, который представляет собой логические выводы¹², поскольку демонстрирует предметную уголовную деятельность в наиболее широком смысле ее свойств и связей, позволяет проникнуть в ее содержание и объяснить скрытые взаимоотношения¹³.

В процессе познания проверенная информация анализируется, ведется поиск связей между данными и, наконец, создаются предположения как о формах соединения отдельных фактов и причин познания события, так и о событии в целом¹⁴. Основной целью анализа полученной информации являются создание и «тестирование» логических выводов, которые бы отражали *кто, что, где, почему и как* совершил преступление или приобрел имущество путем нелегальной деятельности. Используются различные структурные анализы, цель которых — воссоздать (визуализировать) последовательность событий, действий во времени и пространстве. На практике это анализ, направленный на уголовное преступление, объект и субъект преступления. Чаще всего используются сравнительный анализ уголовных дел, анализ групп субъектов преступления, анализ специфического профиля субъекта преступления, анализ расследования и т.п.

Если частичные выводы анализа имеют такой характер, что возможно сформулировать логические выводы (пятый этап выявления), которые бы отражали деяние — совершение преступления или приобретение имущества незаконным путем, — то необходимо перейти к обработке конечных выводов на основе принципов теоретической аналитической деятельности.

2. Выявление имущества, приобретенного посредством криминальной или нелегальной деятельности и возможность его конфискации

Если выявленное имущество, полученное в результате уголовной деятельности или незаконным путем, не будет конфисковано и останется в ру-

¹¹ Ibidem.

¹² Shulsky A., Schmitt G. Silent Warfare: Understanding the World of Intelligence. L.: Brassey's, 2002, p. 41.

¹³ Kulišek M. Analytická činnosť v rezorte MV SR. S. 4.

¹⁴ Černík J., Kubíková I. Odhalovanie a policajné preverovanie majetkovej kriminality službou kriminálnej polície. Bratislava, 2002. S. 26.

ках преступников, им оставляется возможность нанимать адвокатов, влиять на свидетелей, экспертов, подкупать должностных лиц и т.п. В то же время существует опасность, что большая часть такого имущества будет реинвестирована в преступную деятельность, что может серьезно нарушить экономическую среду государства. Это также негативно сказывается на правовом сознании граждан. Субъекты преступной и незаконной деятельности, как и потенциальные преступники, будут мотивированы к риску совершения преступления, поскольку им известно, что после отбывания наказания в виде лишения свободы они смогут использовать имущество, приобретенное в результате преступной деятельности. Активно и действенно бороться с преступной деятельностью и организованной преступностью можно только, когда существует возможность конфисковать имущество, доходы, полученные в результате незаконной деятельности. Поэтому необходимо, чтобы усилия полиции и правоохранительных органов были направлены помимо доказательства вины также на меры по аресту и конфискации имущества, полученного от преступной деятельности, будь то в уголовном процессе или за пределами уголовного судопроизводства. На практике такая работа в рамках Евросоюза не является результативной. Специалисты Европола оценивают доходы, полученные в результате преступной деятельности, в 160 млрд. евро, из которых только 2,2 млрд. евро было арестовано (из них только 1,1 млрд. евро было конфисковано)¹⁵.

Словакии необходимо выработать правовые институты, которые бы позволяли чаще использовать институт ареста имущества, полученного в результате преступной деятельности, еще до момента начала уголовного преследования, в стадии выявления уголовной деятельности. Меры, применяемые в Словакии полицейскими структурами, правоохранительными органами в уголовном процессе или в оперативной деятельности Полицейского корпуса, часто сосредотачиваются только на выявлении преступления, субъекта преступления, раскрываемости и расследовании. Имущество, полученное в результате преступной или иной незаконной деятельности, обычно остается без внимания, не арестовывается. Данную практику подтверждает и статистика Министерства внутренних дел, в соответствии с которой арестованное имущество по отношению к общей сумме задокументированному ущербу от преступлений в 2015 году составило только 2%, а в 2016 году — 6%.

Арест имущества, полученного в результате уголовной деятельности, как временное ограничение владения, пользования и распоряжения имуществом, в Словакии возможно применить как в рамках уголовного (по уголовному делу) преследования, так и помимо него (без возбуждения уголовного дела).

¹⁵ Seixas F. Europol: Prednáška na medzinárodnom odbornom seminári „Finančné vyšetrovanie, správa zaisteného a skonfiškovaného majetku“ konaného dňa 4.10.2016. Bratislava: Akadémia PZ, 2016. 16 S.

Далее целесообразно сосредоточиться на одном из возможных способов ареста (конфискации) имущества, полученного в результате незаконной деятельности, а именно — помимо уголовного преследования (без возбуждения уголовного дела). Такой способ закреплен в Законе № 101/2010 «О доказывании источника происхождения имущества», в соответствии с которым возможно проверить размер имущества лица, определить часть имущества, источник которого проверяемое лицо не может объяснить, достоверно подтвердить, что было получено из легальных источников доходов, из чего можно сделать вывод, что может быть следствием преступной деятельности, включая коррупцию или налоговые преступления.

Закон № 101/2010 «О доказывании источника происхождения имущества», принятый 26.03. 2010, вступил в силу 1.01.2011. Данный Закон отменил действие предыдущего Закона № 355/2005 от 23.06. 2005. Принятие Закона № 355/2005 было прорывом в развитии словацкого уголовного законодательства, так как этот акт явил новую меру идентификации доходов, полученных незаконным путем, которые впоследствии конфисковались. Принятие Закона № 355/2005 было мотивировано необходимостью проверки лиц, которые живут «не по средствам» и в отношении которых имеются обоснованные подозрения, что основная часть их имущества получена в результате незаконной преступной деятельности. Закон № 355/2005 должен был заполнить пробел в словацком уголовном законодательстве, которое предусматривает в качестве мер принуждения конфискацию имущества, конфискацию предмета, но они применяются только в виде наказаний, выносимых судом, и как результат уголовного преследования, которое может продолжаться очень долго (иногда и десятилетиями), поэтому образуется «временной вакуум» и соответственно встают проблемы, связанные с бременем доказывания.

Конституционный Суд Словацкой Республики в постановлении № 477 от 6.10. 2005 приостановил действие Закона № 355/2005 и вынес решение US 29/05 от 3.09.2008 о его несоответствии п. 1 ст. 1, п. 1 и 4 ст. 20 Конституции. В связи с этим 4.03.2010 Народная Рада Словакии приняла Конституционный закон № 100/2010, который внес дополнение в п. 1. ст. 20 о том, что имущество (собственность), полученное противоправно, не подлежат защите. Статья 20 Конституции была также дополнена п. 5 в следующей редакции: «Какие-либо нарушения (вмешательства) права собственности возможно только когда имущество (собственность) были получены незаконным путем или из нелегальных доходов, и являются необходимыми мерами для поддержания безопасности государства, охраны общественного порядка, морали или иных прав и свобод в демократическом обществе. Порядок и условия таких мер должен определяться законом». De facto принятие данных изменений устранило основания приостановления действия Закона № 355/2005 в связи с его несоответствием Конституции. После чего был принят новый Закон № 101/2010 «О доказывании источника происхождения имущества»,

который с небольшими изменениями практически копирует нормы «приостановленного» Закона № 355/2005.

Дух Закона № 101/2010 «О доказывании источника происхождения имущества» основан на принципе, что каждый может достоверно доказать (подтвердить) источники своих доходов, имущества. В противном случае государство имеет право подать иск в гражданском судопроизводстве, на основании которого потребует от ответчика, чтобы он предъявил доказательства, опровергающие достоверные подозрения, что его имущество было получено нелегальным путем. Закон устанавливает обязанность для государственных органов без промедления информировать о том, что имущество лица было получено из нелегальных доходов. Закон № 101/2010 также дает указанное право физическим и юридическим лицам, при этом исключена возможность анонимного информирования.

Письменные заявления, полученные в соответствии с установленным Законом № 101/2010 порядком, поступают на проверку в Службу финансовой полиции Полицейского корпуса¹⁶, проводится проверка доходов, размера имущества и способов его приобретения лицом, в отношении которого было подано заявление. Если в результате проверки будет установлено, что имущество лица больше, чем 1500 МРОТ по отношению к подтвержденным доходам лица, финансовая полиция обязана передать документы прокурору для открытия гражданского судопроизводства по этому факту. Прокурор, изучив материалы, при необходимости может запросить дополнительную информацию или провести дополнительные проверки. После этого можно требовать у лица, в отношении которого подано заявление, дать документальные разъяснения о том, каким образом и из каких источников получено имущество, описанное в заявлении. Данное лицо обязано в срок, не превышающий тридцати дней с момента получения требования прокурора предъявить документы, информацию, другие формы доказательств, которые бы объясняли источники и способы приобретения имущества. Если прокурор подал иск о признании имущества полученным из нелегальных доходов, ответчик должен предъявить опровергающие доказательства; бремя доказывания лежит на нем. Суд на основании достаточных и достоверных доказательств ответчика может отказать прокурору в иске. В таких ситуациях государство несет имущественную ответственность за причиненный ущерб в соответствии с законом. В случае признания иска прокурора суд признает имущество полученным из нелегальных источников доходов и принимает решение о конфискации его в пользу государства.

Подразделением финансовой полиции, которое проверяет доходы, размер и способы приобретения имущества, является FIU (орган финансо-

¹⁶ § 4 zákona č. 171/1993Z.z. o Policajnom zbore z znení neskorších predpisov.

вой разведки) — группа проверки имущества. Основные полномочия данного подразделения установлены в Законе № 101/2010¹⁷, а также в Законе № 171/1993¹⁸ и других нормативно-правовых актах.

Порядок проверки, которую осуществляет финансовая разведка Народного криминального агентства (далее — FIU) при изучении доходов и определении размера имущества лица, установлен в специальном подзаконном акте¹⁹, который его закрепляет как «имущественный контроль». Под имущественным контролем понимается исследование и установление доходов лица, размеров его имущества и способов приобретения в соответствии с § 4 Закона № 101/2010. В процессе имущественного контроля (проверки) необходимо выявить сведения о праве собственности на имущество, о коммерческих договорных отношениях между лицом и банками или страховыми компаниями, о имущественных правах лица в коммерческих компаниях, организациях, о владении лица различными видами транспортных средств, судов, оружия, о владении лица имущественными авторскими правами, об доходах лица подтвержденных налоговыми декларациями. Данную информацию уполномоченные лица FIU получают из внутренних информационных баз данных (регистров), открытых общественных реестров, государственных регистрационных реестров (коммерческий реестр юридических лиц, реестр предпринимателей без образования юридического лица) на основании письменных запросов. Если имеется информация об имуществе лица за границей, FIU через отделение проверки имущества может отправлять запросы в рамках международного сотрудничества в такие организации, как ARO (Asset Recovery Offices)²⁰ или через сеть CARIN²¹.

FIU с 2008 года в соответствии со ст. 1 Решения Народной Рады ЕС № 2007/845/JHA о сотрудничестве в области поиска и репатриации преступно нажитого имущества является органом Словацкой Республики в данной области. Задача народных (национальных) ARO — выявление, идентификация преступных доходов или иного имущества, связанного с преступной деятельностью, которые могут быть в рамках уголовного судопроизводства на основании решения уполномоченного органа арестованы, заморожены или конфискованы. CARIN — это неформальная мировая сеть специалистов, экспертов в области международной идентификации, аресте и конфискации имущества,

¹⁷ § 4 zákona č. 101/2010 Z. z. o preukazovaní pôvodu majetku.

¹⁸ Napr. § 29a, § 38a, § 39 zákona č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore v znení neskorších predpisov.

¹⁹ Pokyn riaditeľa NAKA č 5/2013, ktorým sa upravuje postup služby finančnej polície pri plnení úloh vyplývajúcich zo zákona č. 101/2010 Z. z. o preukazovaní majetku.

²⁰ ARO — сеть членов ЕС по взаимодействию в рамках ЕС в области поиска и репатриации преступно нажитого имущества.

²¹ Международная информационная сеть по обмену информацией с целью изъятия и конфискации активов, полученных преступным путем, в рамках противодействия легализации денежных средств.

полученного преступным путем, или иного имущества, связанного с преступной деятельностью, членами которой является различные страны, в том числе и не входящие в состав ЕС. FIU Словакии является членом сети с 2004 года.

При проверке имущества лица использование информации, полученной в рамках сотрудничества в сети АРО на основании Рамочного решения № 2006/960/ЈНА, для определения объема такого имущества в соответствии с Законом № 101/2010 в рамках уголовного судопроизводства является проблематичным. Обмен и получение информации о размерах имущества лица в соответствии с Рамочным решением относятся только к уголовному судопроизводству. Если зарубежные АРО извещены, что сведения об источнике имущества запрашиваются в соответствии с Законом № 101/2010, они часто отказывают в такой информации.

Результатом проверки является объем информации о доходах проверяемого лица, его имуществе, которое принадлежит ему на правах собственности, о размере и объеме имущества, о способах его приобретения.

FIU Народного криминального агентства Президиума Полицейского корпуса в 2011–2016 годах получила всего 171 сообщение о подозрениях, что имущество получено из незаконных доходов. В 2016 году FIU осуществила 27 проверок. Из них восемь проверок были произведены на основании полученных в 2016 году сообщений: шесть сообщений поступили от физических лиц, два — от юридических. До конца 2016 года 15 проверок не было закончено, три проверки были возвращены прокурором с запросом о дополнительных сведениях и одна проверка была закончена прокурором после подачи третьего заявления. В 2016 году ни одного сообщения (заявления) из государственных органов получено не было. Из всего объема (27 заявлений) в 2016 году было закончено 17 производств. По трем из них прокурор в соответствии со ст. 6 Закона № 101/2010 подал иск о признании имущества полученным из нелегальных доходов (один — первоначальный иск, два — повторно после произведенных дополнений). В 11 незаконченных производствах был установлен размер имущества ниже требуемой по Закону границе (1500 МРОТ) (шесть — при первоначальной проверке, два — после возвращения прокурором для дополнения, два — после повторного возвращения прокурором для дополнения, одно дело было приостановлено прокурором после объяснений лица, в отношении имущества которого проводилась проверка, в трех случаях не была установлена личность заявителя или заявления были неполными). На основании Постановления Правительства Словакии № 279/2015, которым был установлен размер МРОТ на 2015 год, 1500 МРОТ составляет сумму 607 500 евро (в 2017 году — 652 500 евро)²².

²² Výročná správa Finančnej spravodajskej jednotky za rok 2016 [Электронный ресурс]: // URL: https://www.minv.sk/swift_data/source/policia/fsj/Vs%20FSJ%20za%20rok%202016.pdf (дата обращения: 20.01.2018)

Невысокие результаты связаны с тем, что при применении Закона № 101/2010 присутствуют проблемы и неясности. В рамках эмпирического исследования, реализованного Академией Полицейского корпуса в Братиславе, были проведены интервью с полицейскими, работающими в FIU, с целью выявления проблем применения Закона № 101/2010. Были выявлены следующие сферы: 1) *проблемы, связанные с временным фактором*; 2) *проблемы, связанные с этим определением размера имущества и доходов*; 3) *административные и формально-правовые проблемы*.

К проблемам, связанным с временным фактором, следует отнести ситуацию, в которой прокуратура требует подготовить имущественный профиль лица к моменту подачи рапорта о проверке в соответствии со ст. 6 Закона № 101/2010. При этом многократно требуется «актуализация» информации о состоянии имущества и доходов к вышеуказанному сроку, так как обычно в деле фигурирует информация, полученная в начале процесса проверки.

Такое требование, по мнению сотрудников, проводящих проверки, невыполнимо, так как информацию об имуществе чаще всего получают на основании письменных запросов, иногда исходящих из 60 и более различных институций. Поэтому срок проверки обычно составляет от 4 до 12 месяцев, иногда и дольше. В данный период лицо, в отношении которого проводится проверка, может часть имущества перевести на другое лицо либо приобрести имущество на члена семьи. Форма имущества в процессе проверки меняется, повторная проверка информировала бы о том же размере имущества, но в иной форме. Иногда двойная проверка приводит к дублированию размера имущества.

Проблемным является и требование прокуратуры документировать историю, связанную с недвижимым имуществом лица, а также с имуществом, которым лицо владело в прошлом. Электронный кадастр недвижимости Словакии не содержит информации о текущем состоянии недвижимости и не имеет доступного архива собственников имущества. В рамках запросов на кадастре можно проверить историю имущества (его собственников), но не конкретного лица. Необходимо также уточнить порядок, связанный с определением размера МРОТ. Проверки проводятся в течение срока, за который которого может измениться размер МРОТ. На сегодняшний день МРОТ определяется к сроку подачи рапорта о проверке, направляемого прокурору. Также требуется разъяснить, с какого момента необходимо суммировать доходы проверяемого лица. На практике обычно доходы лица начинают проверяться с момента, когда лицо стало самостоятельно зарабатывать, с той даты засчитывается и размер имущества.

В области определения размера проверяемого имущества, на основании мнений респондентов, также существуют неясности и пробелы. Основная

проблема — это документирование размера имущества в конкретной цене (стоимости). В соответствии с п. 2 ст. 4 Закона № 101/2010 под размером имущества понимается его цена, за которую лицо приобрело имущество. В большинстве случаев выяснить это невозможно без договора купли-продажи, полученного, например, от предыдущего владельца. На практике трудно провести разговор с предыдущим владельцем так, чтобы проверяемое лицо не узнало о проводимой в отношении него проверке. Поэтому сотрудники FIU считают, что прокуратура могла бы акцептовать размер имущества, установленный на основании рыночной цены в месте и во время приобретения имущества. Кроме того, необходимо, чтобы законодатель определил понятие и порядок «значительные трудности»²³, когда Закон позволяет принять рыночную стоимость в месте и во время приобретения имущества.

В процессе определения размера имущества могут возникнуть так называемые «целевые переводы». Например, проверяемое лицо может перевести часть принадлежащей ему недвижимости на своего родственника, который пока не имел какого-либо дохода (например, на совершеннолетнего ребенка-студента). Таким образом проверяемое лицо может занижить размер своего имущества. Необходимо в дополнение к таким способам разработать и принять правовые меры, например, что к имуществу лица все равно будет добавлена часть переведенной таким образом на другое лицо недвижимости. То же касается и определения размера имущества при бездолевой совместной собственности супругов. На сегодняшний день на практике в размер имущества засчитывается совместная собственность супругов в полном объеме; при этом принимается во внимание факт, что имущество приобреталось обоими супругами, в связи с чем к моменту приобретения имущества проверялись и доходы супруга (супруги), если их общий доход соответствовал приобретенному имуществу. При проверке доли имущества в юридическом лице в размер имущества засчитывалась сумма вклада лица при обществах с ограниченной ответственностью, при акционерных обществах — количество акций, принадлежащих лицу. Еще один дискуссионный вопрос встает, когда необходимо проводить проверку и имущества юридического лица, а также способы его приобретения: например, финансовый вклад в компанию проверяемого лица в виде займа должен ли быть засчитан в размер общего имущества юридического лица.

К формально-правовым и административным проблемам принадлежат сбор оригиналов или заверенных копий документов: о праве собственности, выписок из реестров, документов на транспортные средства и т.п. в деле о проверке. В соответствии с мнением респондентов, экономически невыгодно в данной стадии процесса собирать оригиналы документов, так как элек-

²³ § 4 ods. 2 zákona č. 101/2010 Z. z. o preukazovaní pôvodu majetku.

тронная информация из реестров является достаточной для квалификации и вынесения решения по результатам проверки сотрудниками FIU. Предъявление оригиналов относится больше к следующей стадии производства, когда прокурор примет решение подать иск в суд в соответствии с п. 2 ст. 7 Закона № 101/2010.

В некоторых ситуациях дела о проверке были возвращены прокурором в FIU в связи с несоответствием формы дела. Поэтому необходимо принять единую форму (структуру) дела, которую FIU направляет прокуратуре. К формально-правовым проблемам можно отнести и причины, на основании которых прокуратура требует дополнительной информации по делу. По мнению респондентов, данные дополнения не влияли на расчет размера проверяемого имущества и доходов проверяемого лица. В качестве примера приводились требования выписок из счетов юридических лиц, в органах которых находится проверяемое лицо, дополнительной информации о счетах лица (дату открытия счетов, данные о депонентах, идентификация сумм на счетах, идентификация суммы лица, которое произвело вклад или снятие со счета и т.п.), информации об уплате налогов проверяемым лицом, все выписки из счетов с момента их открытия, информации о налоговых отчетах юридических лиц, в органах которых находится проверяемое лицо и т.п. Необходимо четко обозначить, какие именно документы о проверяемом лице должны быть приложены, за какой период и в какие сроки.

Заключение

Принятию Закона № 101/2010 сопутствовало активное его обсуждение не только в профессиональной сфере, но и в обществе. Против Закона выступали юристы, которые аргументировали, что подобный акт не соответствует Конституции в части презумпции невиновности. Часто обсуждался вопрос о перенесении бремени доказывания, о том, что задача правоохранительных органов — доказать нарушения закона, а не требовать этого от проверяемых лиц. Эти дискуссии повлияли на длительный процесс принятия как первого, так и второго законов в 2005 и 2010 гг. Применение Закона № 101/2010 показало, что он оказался «беззубым» и его действенность равна нулю. За семь лет действия Закона № 101/2010 ни у одного физического лица не было конфисковано имущество. Основная причина заключается в том, что Закон № 101/2010 позволяет лицу различными «законными способами» занижать цену своего имущества. Исследования подтвердили, что необходима переработка Закона, но в настоящее время к этому отсутствует политическая воля. Закон есть, он действует, но не работает.



Библиография

- Černík J., Kubíková I. Odhaľovanie a policajné preverovanie majetkovej kriminality službou kriminálnej polície. Bratislava: Akadémia PZ, 2002. 95 S.
- Filák A., Porada V. Pojem, obsah a hlavné organizačne taktické formy policejnej bezpečnostnej činnosti // Policajná teória a prax. 2006. č. 4. S. 5–16.
- Holcr K. Logika, metodológia a metódy vedeckého poznania. Bratislava: Akadémia PZ, 1996. 84 S.
- Ivanová-Šalingová M., Maníková Z. Slovník cudzích slov. Bratislava: SPN, 1983. 384 S.
- Kulíšek M. Analytická činnosť v rezorte MVSR. Bratislava: Akadémia PZ, 1997. 111 S.
- Látal I. Príznaková analýza možnosti jej využitia v policejnej praxi // *Kriminalistika*. 1996. roč. XXIX. č. 1. S. 73–77.
- Lisoň M. Odhaľovanie kriminality páchanej v ekonomike. Bratislava: Akadémia PZ, 2001. 158 S.
- Nesnídal J. Neodvratnosť trestného postihu a operatívne pátraciu činnosť. Praha: Kriminologický ústav VB, 1989. 238 S.
- Novotný O., Zapleta L. et al. Kriminologie. Praha: Bohemia, 2001. 419 S.
- Porada V. Teorie kriminalistických stop a identifikace. Praha: Academia, 1987. 328 S.
- Porada V., Straus J. Kriminalistická stopa // *Kriminalistika*. 1999. č. 3. S. 198–207.
- Šimovček I. Vedúci riešiteľského tímu, Záverečná správa z výskumu: Konštituovanie policajno-bezpečnostnej vedy. Bratislava: Akadémia PZ, 1997. 191 S.
- Shulsky A., Schmitt G. *Silent Warfare: Understanding the World of Intelligence*. London: Brassey's, 2002. 262 p.
- Straus J. et al. Úvod do kriminalistiky. Plzeň: Aleš Čeněk, 2004. 175 S.
- Výročná správa Finančnej spravodajskej jednotky za rok 2016. (2016) Available at: // https://www.minv.sk/swift_data/source/policia/fsj/VS%20FSJ%20za%20rok%202016.pdf (дата обращения: 20.01.2018)
-

Proving the Source of Property in the Slovak Republic



Jozeph Stieranka

Professor, Bratislava Police Academy, PhD. Address: 1 Sklabinská, Bratislava 83517, Slovakia. E-mail: jozef.stieranka@minv.sk.



Abstract

The paper consists of two parts. The first part studies the content, theory and methods of discovering illegally acquired property. The process of the discovery is defined as procedural, cognitive, cyclic activity facilitating to study latent criminal activity and latent illegal actions to acquire illegal property. The paper shows the major signs and characteristics of the process of revealing criminal activity. The second part of the paper analyzes Law # 101/2010 *On Proving the Source of Origin of Property* which entered into force January 1, 2011. The law has failed to cope with its task and expectation. The courts did not make a decision on confiscation of the property in any of the cases. The fact shows that the measures specified in the law are inefficient. To make it efficient,

the law requires updating. As Law # 101/2010 limits the property rights of people, it was necessary to include exceptions due to the limitations of property rights when the property was obtained illegally. The law was based on the principle that every person may confirm officially the sources of profit. In the process of drafting the law, the experience of Italy, England and Wales was taken into consideration. Civil procedure compared with the criminal one is more flexible as the latter is based on the presumption of innocence, ban on retroactivity, burden of proof imposed on state.



Keywords

Slovakia, law №101/2010, information cycle, illegal property, source of property, latent illegal actions, property control, financial police, financial intelligence.

Citation: Stieranka J. (2018) Proving the Sources of Property in the Slovak Republic. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 313–331 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.313.331



References

Černík J., Kubíková I. (2002) *Odhal'ovanie a policajné preverovanie majetkovej criminality službou kriminálnej polície*. Bratislava: Akadémia PZ, 95 s.

Filák A., Porada V. (2006) Pojem, obsah a hlavní organizačne taktické formy policejnej bezpečnostní činnosti. *Policajná teória a prax*, č. 4, s. 5–16.

Holcr K. (1996) *Logika, metodológia a metódy vedeckého poznania*. Bratislava: Akadémia PZ, 84 s.

Ivanova-Salingova M., Manikova Z. (1983) *Slovník cudzích slov*. Bratislava: SPN, 384 s.

Kulíšek M. (1997) *Analytická činnosť vrezorte MVSR*. Bratislava: Akadémia PZ, 111 s.

Látal I. (1996) Příznaková analýza možnosti jejíhožiti v policejní praxi. *Kriminalistika*, roč. XXIX, č. 1, s. 73–77.

Lisoň M. (2001) *Odhal'ovanie kriminality páchanej v ekonomike*. Bratislava: Akadémia PZ, 158 s.

Nesnidal J. (1989) *Neodvratnosť trestního postihu a operativně patrání činnosť*. Praha: Kriminalistický ústav VB, 238 s.

Novotný O., Zapleta L. et al. (2001) *Kriminologie*. Praha: Bohemia, 419 s.

Porada V. (1987) *Teorie kriminalistických stop a identifikace*. Praha: Academia, 328 s.

Porada V., Straus J. (1999) Kriminalistická stopa. *Kriminalistika*, č. 3, s. 198.

Šimovček I. (1997) *Vedúci riešiteľského tímu, Záverečná správa výskumu – Konštituovanie policajno-bezpečnostnej vedy*. Bratislava: Akadémia PZ, 191 s.

Shulsky A., Schmitt G. (2002) *Silent Warfare: Understanding World of Intelligence*. L.: Brassey's, 262 p.

Straus J. et al. (2004) Úvod do kriminalistiky. Plzeň: Aleš Čeněk, 175 s.

Výročná správa Finančnej spravodajskej jednotky za rok 2016. Available at: https://www.minv.sk/swift_data/source/policia/fsj/VS%20FSJ%20za%20rok%202016.pdf (accessed: 20.01.2018)

Механизм международного сотрудничества по проблемам Арктики: развитие на современном этапе и в перспективе



В.Р. Авхадеев

доцент, ведущий научный сотрудник отдела зарубежного конституционного, административного, уголовного законодательства и международного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, Большая Черемушкинская ул., 34. E-mail: vladislavavkhadeev@yandex.ru



Аннотация

На рубеже XX–XXI веков Арктический регион стал одним из наиболее важных центров сосредоточения разнообразных международных интересов: экономических, геополитических, исследовательских, экологических и многих других. Интересам различных государств сопутствуют и соответствующие проблемы. Среди них — споры между государствами о правовой принадлежности тех или иных морских пространств в Арктике влекут за собой правовую неопределенность в вопросах правомерности добычи гражданами того или иного государства морских живых либо минеральных ресурсов, юрисдикции государств в морских пространствах, а также привлечение к ответственности за ущерб окружающей природной среде и многие другие вопросы, связанные с деятельностью человека в Арктическом регионе. Более того, в начале XXI века появилась такая проблема, как разногласия между арктическими и неарктическими государствами из-за добычи морских живых ресурсов Северного Ледовитого океана и разработки углеводородных месторождений на его континентальном шельфе и в Международном районе морского дна данного океана. Для разрешения и дальнейшего предотвращения споров между государствами в связи с их деятельностью в Арктике необходимо проанализировать механизм сотрудничества между ними в данном регионе на всех уровнях международно-правового регулирования: универсальном, региональном и субрегиональном. Исследовав механизм международного сотрудничества можно обозначить следующее: на каждом уровне международно-правового регулирования есть и международные договоры, и международные организации, которые призваны реализовать их применительно к Арктическому региону. Но при этом уровни правового регулирования режима Арктики не связаны между собой, поскольку нет непосредственной взаимосвязи ни между договорами, принятыми на различных уровнях, ни между органами либо организациями, функционирующими в соответствии с такими договорами. Более того, многие отраслевые вопросы сотрудничества в Арктическом регионе до настоящего времени не урегулированы либо урегулированы лишь частично. В связи с этим целесообразно заключение международных договоров, направленных на ре-

гулирование сотрудничества по отдельным (отраслевым) вопросам: правовой статус народов Арктики, разработка минеральных ресурсов, добыча морских живых ресурсов и охрана окружающей среды.



Ключевые слова

Арктика, Северный Ледовитый океан, международное сотрудничество, правовое регулирование, имплементация, Организация Объединенных Наций, Арктический совет, Совет Баренцева / Евроарктического региона, Северный Совет, Совет министров северных стран.

Библиографическое описание: Авхадеев В.Р. Механизм международного сотрудничества по проблемам Арктики: развитие на современном этапе и в перспективе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 4. С. 332–353.

JEL: K 33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.332.353

1. Введение

Арктика является областью земного шара, в пределах которой имеются как морские, так и сухопутные пространства, принадлежащие государствам, именуемым в Декларации об учреждении Арктического совета (1996) арктическими — это Канада, Дания, Финляндия, Исландия, Норвегия, Россия, Швеция и США. Вместе с тем значительную часть Арктики составляют морские пространства, включающие акваторию Северного Ледовитого океана, а также небольшие пространства Тихого и Атлантического океанов, непосредственно соприкасающиеся с его морскими пространствами. В акватории арктических морей имеются пространства, которые не находятся под юрисдикцией какого-либо государства и относятся к категории международных морских пространств — это район открытого моря, и, соответственно, Международный район морского дна.

Значение Арктики возрастает не только по многим объективным причинам, но и в силу сложившейся в современном мире ситуации. Более того, будущее всего человечества связано с развитием и использованием ресурсов Арктики¹.

Возрастающий международный интерес к Арктическому региону обусловлен прежде всего наблюдаемыми сейчас, а также ожидаемыми климатическими изменениями. Прогнозируемые перемены, с одной стороны, могут открыть новые возможности освоения данного региона, с другой — породить новые масштабные вызовы. Площадь многолетнего ледяного покрова

¹ Хабриева Т.Я. Российская Арктика — территория права / Российская Арктика — территория права: альманах. Вып. I / Т.Я. Хабриева, Д.Н. Кобылкин, А.Н. Чертков и др. М.: Юриспруденция, 2014. С. 7.

Северного Ледовитого океана постоянно сокращается, хотя и неравномерно. При этом часть арктических акваторий летом освобождается ото льда. Они становятся более доступными для разведки и разработки минеральных и биологических ресурсов. Расширяются зоны и продолжительность судоходства в свободный ото льда период².

Наряду с этим активное освоение Арктики должно осуществляться при последовательном обеспечении прав человека и признании институтов демократии. Особая роль в этих процессах отведена правовым механизмам, отвечающим всем основным социальным и экономическим вызовам. Модернизация «арктического» правового поля, пересмотр концептуальных подходов в регулировании специфических арктических отношений — это основные мировые тенденции. Как непосредственный участник освоения Арктики, Россия признает важность соблюдения международных договоренностей. Вместе с тем интересы России направлены на укрепление ее национальных позиций в Арктике, на развитие российского права как основного регулятора деятельности на российских арктических территориях³.

В целях развития сотрудничества государств в Арктическом регионе необходим политико-правовой механизм, обеспечивающий исполнение правовых решений. Координация международного сотрудничества в регионе осуществляется как на универсальном, так и на региональном уровне. Более того, имеются и субрегиональные элементы механизма международного сотрудничества по проблемам Арктики.

2. Современный этап развития

2.1. Универсальный уровень

Международные организации, координирующие межгосударственное сотрудничество в сфере регулирования правового режима Арктического региона на современном этапе развития общества функционируют на различных уровнях международного сотрудничества: универсальном (в рамках ООН), региональном (Арктический совет и иные организации) и субрегиональном, объединяющие государства Западной Арктики (Совет Баренцева / Евроарктического региона)⁴.

² См.: Арктика. Предложения к дорожной карте международного сотрудничества / А.В. Загорский и др. М.: Спецкнига, 2012. С. 9.

³ См.: Хабриева Т.Я., Кобылкин Д.Н. Предисловие / Российская Арктика — территория права: альманах. Выпуск III. Сохранение и устойчивое развитие Арктики: Арктика в социально-правовом измерении / Д.Н. Кобылкин, В.П. Емельянцева и др.; отв. ред. В.П. Емельянцева. М.: Юриспруденция, 2016. С. 10.

⁴ При этом в официальных наименованиях термин «субрегион» практически не используется, а применяется термин «регион». Например, «Баренцев / Евроарктический регион». Иденти-

Учитывая многообразие механизмов сотрудничества государств по проблемам данного региона, необходимо рассматривать сотрудничество государств в Арктике в узком и широком смыслах. В узком смысле имеется в виду сотрудничество только между государствами Арктического региона по поводу деятельности в данном регионе, и, самое главное, на основании норм, принятых ими же в рамках регионального сотрудничества. Сотрудничество государств в широком смысле, в свою очередь, предполагает взаимодействие государств в связи с осуществлением ими арктической деятельности, но уже в более расширенном составе: в формировании и развитии международно-правового регулирования сотрудничества по проблемам Арктики участвуют не только арктические, но и любые иные государства, которые в той или иной форме заинтересованы в арктической деятельности. Нормы международного права, которыми регулируется правовой режим Арктики, соответственно, создаются в рамках не только региональных, но также и универсальных международных организаций.

Соответственно, для более глубокого и детального изучения международно-правовых реалий⁵ в регулировании режима Арктики необходимо исследовать международно-правовой режим Арктики в его широком понимании. Также необходимо всегда иметь в виду, что эффективность любого международно-правового механизма всецело зависит от имплементации норм международного права во внутригосударственную сферу, поскольку именно в рамках государств реализуются их международные обязательства.

Участие ООН в развитии международно-правового режима Арктики, главным образом, было предопределено Конвенцией ООН по морскому праву (1982), в соответствии с которой ООН непосредственно участвует в регулировании режима имеющихся в акватории Северного Ледовитого Океана международных морских пространств. Помимо этого, используя правовой механизм Комиссии ООН по границам континентального шельфа, ООН также принимает участие в разрешении спорных вопросов, касающихся проблем его делимитации в Арктическом регионе. Роль ООН носит в данном случае исключительно универсальный, не имеющий специфики характер воздействия на развитие международно-правового регулирования режима Арктики. Данное обстоятельство обусловлено тем, что Конвенция ООН по морскому праву применима ко всем категориям морских пространств Мирового океана, которые, разумеется, есть и в Арктике. Комиссия ООН по границам континентального шельфа уполномочена разрешать вопросы его

фицировать пространство в качестве субрегиона можно исходя из того, что оно является частью более крупного региона. Баренцев / Евроарктический регион является частью Арктического региона и соответственно, по своей сути, является субрегионом Арктики.

⁵ Имеется в виду столкновение в Арктическом регионе различных геополитических интересов как арктических, так и неарктических государств.

делимитации между любыми государствами, являющимися ее участниками, в том числе между арктическими государствами⁶.

В Конвенции 1982 г. закреплён международно-правовой режим защиты и сохранения морской среды, определяющий права и обязанности государств, использующих морские пространства, в сфере борьбы с их загрязнением, и являющийся обязательным для всех ее участников. На условиях, определенных Конвенцией, прибрежные государства могут принимать в отношении своей экономической зоны соответствующие законы и правила для предупреждения загрязнения морской среды с судов. Эти законы и правила должны соответствовать общепризнанным нормам и стандартам, однако в отношении некоторых районов в пределах исключительной экономической зоны Конвенция предусматривает возможность применения прибрежным государством специальных обязательных мер для предотвращения загрязнения⁷.

Роль Конвенции ООН по морскому праву в развитии сотрудничества арктических государств весьма велика: определив правовые основы режима морских пространств, покрытых льдом, она таким образом заложила фундамент дальнейшего сотрудничества государств Арктического региона по правовым вопросам охраны окружающей среды, непосредственно связанной с данными морскими пространствами.

2.2. Региональный уровень

На региональном уровне международно-правового регулирования сотрудничества государств в Арктике необходимо выделить прежде всего Арктический совет (официально учрежден в 1996 г.) и недавно созданный Арктический экономический совет (2014). Несмотря на то, что официально Арктический совет считают созданным 1996 г., когда в Оттаве была подписана Декларация о его учреждении, межгосударственное сотрудничество в Арктике началось намного раньше.

В 1989 г. по инициативе Финляндии было инициировано сотрудничество государств, территории которых полностью либо частично расположены в Арктике. Сотрудничество данных стран осуществлялось в природоохранной сфере на региональном уровне. Успешное взаимодействие арктических государств по вопросам охраны окружающей среды в конечном итоге привело к организации в 1991 г. в Рованиеми (Финляндия) встречи министров Канады, Дании (Гренландии), Исландии, Норвегии, Финляндии, Швеции, СССР и США, специализирующихся в природоохранной сфере. Министры подписали

⁶ США не участвуют в Конвенции ООН по морскому праву (1982).

⁷ См.: Михина И.Н. Современные проблемы международно-правовой защиты вод Арктики / Международное морское право. Статьи памяти А.Л. Колодкина / сост. Р.А. Колодкин, С.М. Пунжин. М.: Статут, 2014. С. 258.

Декларацию об охране окружающей среды в Арктике (Rovaniemi Declaration), а также одобрили Стратегию охраны окружающей среды в Арктике (AEPS). Стратегия в своем содержании закрепляет ряд важных для арктических государств направлений сотрудничества: защита арктических экосистем, включая человека как часть экосистемы; обеспечение защиты, улучшения, а также восстановления нормального (качественного, здорового) состояния окружающей среды, устойчивого использования природных ресурсов, включая особенности их использования местным населением и коренными народами Арктики; признание традиционных и культурных потребностей, ценностей и интересов коренных жителей Арктики в сфере охраны окружающей среды на региональном уровне; систематическую оценку (мониторинг) состояния арктической окружающей среды; определение, ограничение и, как заключительную цель, — установление запрета на загрязнение Арктики⁸.

В 1990 году восемью упомянутыми арктическими странами⁹ в целях создания механизма, позволяющего координировать деятельность государств и обсуждать на регулярной основе вопросы международного сотрудничества в этом регионе, было принято решение об образовании Международного арктического научного комитета (МАНК), международной неправительственной организации, чьей основной функцией в настоящее время является содействие сотрудничеству в Арктике по широкому кругу проблем. Необходимость создания подобного международно-правового механизма возникла в связи с тем, что мировое сообщество признало загрязнение Арктики глобальной экологической проблемой, возникшей вследствие особых климатических условий Арктики, а также экологических изменений в данном регионе за последние десятилетия¹⁰.

В 1993 г. в Нууке (Гренландия) была принята Декларация об окружающей среде и развитии в Арктике, целью которой является планирование сотрудничества арктических государств в сфере охраны окружающей среды. При этом акцент был сделан на необходимости учета специфики уклада жизни и приоритетных интересов коренных жителей Арктического региона. В соответствии с Декларацией 1992 г. была принята также Программа арктического мониторинга и оценки (ПАМО).

Положения Нуукской и Рованиемской деклараций практически сразу после их подписания нашли отражение во внутригосударственной сфере.

⁸ См.: Копылов М.Н., Якушева Е.А. К 10-летию Арктического совета // Экологическое право. 2006. № 3. С. 31.

⁹ Канада, Дания (Гренландия), Исландия, Норвегия, Финляндия, Швеция, СССР (Россия) и США.

¹⁰ См.: Колодкин А.Л., Гуцуляк В.Н., Боброва Ю.В. Мировой океан. Международно-правовой режим. Основные проблемы. М.: Статут, 2007. С. 263.

В рассматриваемом случае имплементация вышеуказанных деклараций была осуществлена на ведомственном уровне — в рамках компетенции Министерства природных ресурсов России.

22 июля 1994 г. был подписан Приказ Министерства природных ресурсов Российской Федерации № 229 «Об организации работ по выполнению решений Рованиемской (1991) и Нуукской (1993) конференций по защите окружающей среды Арктики». В соответствии с п. 1 данного приказа Минприроды образовало Межведомственный Совет координации работ, связанных с выполнением решений данных конференций по вопросам охраны арктической окружающей среды, а также с реализацией Стратегии ее охраны. Таким же образом было утверждено и Положение о Межведомственном Совете при Минприроды и его персональном составе¹¹. Данный механизм принятия и последующей реализации международных обязательств России как одного из крупнейших арктических государств начал функционировать, что показало пример жизнеспособности создания международно-правовых механизмов, регулирующих отдельные аспекты жизнедеятельности в Арктике.

Со временем в государствах арктического региона все больше возрастала необходимость в совершенствовании регионального механизма сотрудничества, что было обусловлено, прежде всего, двумя факторами: во-первых, возрастающей потребностью государств в ресурсах данного региона и возникающими в связи с этим проблемами их рационального освоения и использования, во-вторых, проявлением неарктическими государствами интереса к природным ресурсам региона. Это, в свою очередь, порождает необходимость консолидации геополитических интересов арктических государств в целях укрепления их сотрудничества, а также в целях оптимизации их сотрудничества с неарктическими государствами.

Укрепление сотрудничества между арктическими государствами на региональном уровне, а также интерес к проблемам данного региона, проявляемый неарктическими государствами, послужил политико-правовой основой создания и международно-правового оформления нового механизма сотрудничества в рамках Арктического совета в 1996 г. Отличительной особенностью данного механизма является дифференциация его субъектов на членов (арктические государства) и наблюдателей (среди них прежде всего — неарктические государства, а также межправительственные и межпарламентские организации универсального и регионального уровней; неправительственные организации).

В 1996 г. в Оттаве (Канада) была принята Декларация об учреждении Арктического совета. В соответствии с ее положениями Арктический совет — межправительственный форум, созданный Канадой, Данией, Фин-

¹¹ См.: Об организации работ по выполнению решений Рованиемской (1991) и Нуукской (1993) конференций по защите окружающей среды Арктики: приказ Минприроды России от 22.07.1994 № 229 // СПС Гарант.

ляндией, Исландией, Норвегией, Россией, Швецией и США. Одним из основных видов деятельности Арктического совета являются совещания в форме международных консультаций для координации сотрудничества по вопросам Арктики. Арктический совет содействует устойчивому развитию и защите природной среды. В частности, он содействует сотрудничеству, координации, а также взаимодействию арктических государств, при участии коренных народов и других жителей региона, а также различных общин на территории Арктики для урегулирования проблем, например, устойчивого развития и охраны окружающей среды¹².

Высшим органом политического руководства Арктического совета является встреча министров, которая проводится один раз в два года. Председательство осуществляется одним из государств-членов в течение двух лет, изменяется на основе ротации. Разрешение текущих вопросов деятельности Арктического совета и подготовка встреч министров находится в компетенции его старших должностных лиц¹³, которые проводят заседания не реже двух раз в год. Решения органов Арктического совета носят рекомендательный характер; несмотря на это, они имеют важное политическое значение для государств-членов Совета.

Реализация правовых решений, принятых высшими должностными лицами обеспечивается, главным образом в рамках деятельности его рабочих групп, каждая из которых включает специалистов по профилю деятельности группы. Всего в составе Совета функционируют шесть рабочих групп: по устранению загрязнения в Арктике (АСАР), по реализации Программы арктического мониторинга и оценки (АМАР), по сохранению арктической флоры и фауны (САФФ), по предупреждению, готовности и ликвидации чрезвычайных ситуаций (ЕППР), по защите арктической морской среды (РАМЕ) и рабочая группа по устойчивому развитию (SDWG)¹⁴.

Реализация правовых решений Арктического совета прежде всего зависит от внутригосударственного имплементационного механизма каждой из стран-участниц. Одной из наиболее серьезных проблем, стоящих на пути развития законодательного обеспечения регулирования режима Арктики со стороны России, включая регулирование ее сотрудничества с зарубежными странами, является отсутствие федерального закона, посвященного регулированию правоотношений, возникающих в связи с деятельностью в Арктической зоне Российской Федерации.

¹² См.: *Joyner C.* The legal regime for the Arctic Ocean // *Journal of transnational law & policy.* 2009. Vol. 18. № 2. P. 216.

¹³ Имеются в виду официальные представители государств-членов Арктического совета.

¹⁴ См.: Арктический совет: общая информация // Официальный сайт Арктического совета [Электронный ресурс]: // <https://arctic-council.org/index.php/ru/about-us> (дата обращения: 03.12.2018)

Несмотря на отсутствие такого федерального закона, роль Арктического совета в региональном развитии, а также реализация правовых решений его рабочих групп, все же обеспечены имплементационным механизмом федерации. Имплементация осуществляется на уровне актов Президента и Правительства России. Важность миссии Арктического совета нашла отражение и в программно-стратегических документах. Впервые нормативное закрепление наименования «Арктический совет» было осуществлено 17.01.1997 Президентом Российской Федерации в Указе от № 11 «О Федеральной целевой программе «Мировой океан».

В концепции федеральной целевой программы «Мировой океан» отмечено, что международные интересы нашей страны в Арктическом регионе заключаются в необходимости обеспечения благоприятных внешнеполитических условий осуществления политических, экономических, социальных и иных преобразований внутри государства. При этом была подчеркнута важность международного сотрудничества в целях разрешения как экономических, так и юридических проблем в рамках Арктического Совета, а также Совета Баренцева / Евроарктического региона, в составе которого функционирует рабочая группа по Северному морскому пути, а также в соответствии с положениями Арктической инициативы и Стратегии защиты окружающей среды Арктики¹⁵.

В настоящее время реализация правовых решений, принятых в рамках рабочих групп Арктического совета, обеспечивается на основании Распоряжения Правительства России от 28.05.2007 № 673-р, в соответствии с которым между федеральными органами исполнительной власти и соответствующими уполномоченными организациями были распределены обязанности, связанные с основными направлениями деятельности Арктического совета и его рабочих групп¹⁶. Так, например, для реализации основных направлений деятельности рабочей группы Совета по предупреждению, готовности и ликвидации чрезвычайных ситуаций (ЕПРР) Министерство по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий (МЧС) наделено полномочиями в качестве головного органа. Соответствующими полномочиями наделены также иные органы исполнительной власти (Минобороны, Минприроды), а также некоторые организации (Росатом, Российская Академия наук).

Для участия в деятельности рабочей группы по устойчивому развитию в Арктике Правительством России наделены полномочиями: Минэкономразвития

¹⁵ СЗ РФ. 1997. № 4. Ст. 513.

¹⁶ О распределении между федеральными органами исполнительной власти обязанностей, связанных с основными направлениями деятельности Арктического совета и его рабочих групп: Распоряжение Правительства России от 28.05.2007 № 673-р (в ред. от 10.03.2009) // СЗ РФ. 2007. № 23. Ст. 2811.

(в качестве головного органа), Минздрав, Минвостокразвития, Минпромторг, Минобороны, Минобрнауки, Минкомсвязь, Минтруд, Минсельхоз, Минтранс, Минприроды, МЧС, а также Росрыболовство, Ростехнадзор, Федеральное агентство по делам национальностей (ФАДН), Росатом, Российская Академия наук (по согласованию). Общая координация деятельности заинтересованных федеральных органов исполнительной власти и старших должностных лиц Арктического совета возложена на Министерство иностранных дел.

Анализируя деятельность Арктического совета в целом, можно констатировать успешный опыт его функционирования, обусловленный общностью интересов арктических государств, прежде всего, в области охраны окружающей среды, что дает основание рассчитывать на дальнейшее плодотворное сотрудничество арктических государств на благо всего Арктического региона, что позволит сохранить низкий уровень конфронтации и высокий уровень сотрудничества¹⁷.

В 2008 году был принят стратегически важный правовой акт, направленный на дальнейшее освоение Арктики — Основы государственной политики Российской Федерации в Арктике на период до 2020 года и дальнейшую перспективу. Одним из стратегических приоритетов государственной политики в Арктике, обозначенных в Основах, является укрепление в двустороннем формате, а также под эгидой международных региональных организаций, прежде всего таких, как Арктический совет и Совет Баренцева / Евроарктического региона, добрососедских отношений с государствами Арктического региона, активизация взаимодействия государств в сфере экономики, культуры, а также приграничного и научно-технического видов сотрудничества, включая сферу освоения природных ресурсов Арктики и сохранения природной среды в данном регионе¹⁸.

В 2013 г. Президент Российской Федерации утвердил Стратегию развития Арктической зоны России и обеспечения национальной безопасности на период до 2020 года, в соответствии с которой международное сотрудничество в Арктическом регионе рассматривается как одно из приоритетных направлений развития Арктической зоны России¹⁹. Совершенствование внешнеэкономической деятельности России в регионе возможно только во взаимодействии с иными государствами, как арктическими, так и неарктическими, но заинтересованными в экономическом освоении Арктики.

¹⁷ Паничкин И.В. Арктический совет — текущее состояние и перспективы развития / Морские пространства Арктики: современный правовой аспект. Сборник статей. М.: Магистраль, 2013. С. 155.

¹⁸ См.: Основы государственной политики Российской Федерации в Арктике на период до 2020 года и дальнейшую перспективу: утв. Президентом Российской Федерации 18.09.2008 № Пр-1969 // Документ опубликован не был // СПС КонсультантПлюс.

¹⁹ СПС КонсультантПлюс.

В связи с тем, что количество государств, не расположенных в Арктике, но намеренных принять участие в освоении природных ресурсов региона, постоянно возрастает, пространство международного взаимодействия в Арктике существенно видоизменяется. Например, состав участников Арктического совета (в особенности наблюдателей) регулярно изменяется, появляются новые форматы сотрудничества государств, продолжается дипломатическая и политическая работа. Одним из ее результатов стало создание в 2014 г. международного интеграционного объединения, направленного на развитие экономического сотрудничества в регионе — Арктического экономического совета (Arctic Economic Council)²⁰. Политико-правовой основой принятия решения о его создании является Кирунская декларация, подписанная в рамках Восьмой министерской сессии Арктического совета 15 мая 2013 г. в Кируне (Швеция).

Арктический экономический совет — независимая организация, которая способствует укреплению сотрудничества в Арктике в сфере бизнеса, устойчивого экономического развития данного региона посредством обмена передовым опытом, технологическими решениями, а также стандартами и другой экономически значимой информацией. Целью данного интеграционного объединения является внедрение лучших практик, технологических решений и стандартов. Арктический экономический совет оказывает содействие достижению доступности рынка и организует консультации, оценивает перспективы экономического развития Арктического совета. Члены Арктического экономического совета представляют широкий спектр предприятий, действующих в Арктике, — от горнодобывающих и судоходных компаний до оленеводства и корпораций экономического развития коренных народов. Данное сочетание интересов в различных секторах бизнеса гарантирует, что деятельность Арктического экономического совета будет осуществляться всеобъемлющим и устойчивым образом. Для данного интеграционного объединения важно также содействовать развитию малых и средних предприятий региона. Указанный Совет открыт для корпораций, партнерств, а также групп коренных народов, имеющих экономические интересы в регионе²¹.

Арктический экономический совет функционирует в рамках рабочих групп, созданных для реализации его основных направлений деятельности в сферах межгосударственного взаимодействия. Данные рабочие группы можно условно разделить на специальные (инфраструктурные) группы, деятельность которых затрагивает определенные сферы технической ин-

²⁰ См.: Международное экономическое сотрудничество в Арктике. Арктический экономический совет / под ред. В.П. Журавеля. М.: АНО ЦСОиП, 2015. С. 11.

²¹ См.: Arctic Economic Council. Official. Арктический экономический совет. Официальный сайт [Электронный ресурс]: // URL: <https://arcticeconomiccouncil.com/about-us/> (дата обращения: 11.07.2018)

дустрии арктических государств, и рабочие группы, компетенция которых касается всех иных деятельности Арктического экономического совета. К инфраструктурным группам можно отнести группы поддержки морского транспорта и телекоммуникаций. Что касается управления в иных сферах деятельности Арктического экономического совета, то необходимо обратить внимание на группу устойчивого развития ресурсов и группу «Арктическое управление», которая координирует сотрудничество в различных сферах взаимодействия государств-членов Совета.

В настоящее время наибольшее внимание Арктический экономический совет уделяет вопросам информатизации общества. Прежде всего особенно актуальным становится вопрос о развитии в Арктике технологии широкополосного Интернета. Коммуникация индивидуумов, сообществ, правительств, предприятий и иных субъектов правоотношений является одной из отличительных черт первых десятилетий XXI века. Надежная широкополосная связь необходима для укрепления коммуникаций между различными государствами, что, в свою очередь, может активно способствовать улучшению национальных экономик, образования, здравоохранения и многих других отраслей общественной жизни. Несмотря на эти преимущества, широкополосное развертывание и внедрение во всем мире Интернета не было однородным. В этой связи важно обратить внимание на то, что одним из регионов, который может остаться вне доступа к Интернету, является Арктика.

Признавая это, представители частного сектора из каждого государства, имеющего часть территории в Арктике (см. выше), в 2016 г. сообща проанализировали текущее состояние широкополосной связи в Арктике, после чего рассмотрели вопрос, как способствовать большей взаимосвязи по данному вопросу. Результатом обсуждений стала выработка и принятие в рамках рабочей группы Арктического экономического совета по проблемам телекоммуникаций стратегически важного документа — «Арктика широкополосная: рекомендации для взаимосвязанной Арктики»²². Данный документ стал результатом беспрецедентного сотрудничества, поскольку он был принят в условиях острых международных споров между государствами, принявшими его²³.

Однако и это еще не окончательный этап развития сотрудничества государств Арктического региона. Учитывая постоянное развитие информационных технологий, в Арктике должны быть реализованы стратегии широкополосных технологий. Необходимость развития в первую очередь

²² Arctic Broadband: Recommendations for an Interconnected Arctic. Winter 2016/ Official web-site of Arctic economic council [Электронный ресурс]: // https://arcticeconomiccouncil.com/wp-content/uploads/2017/02/AEC-Report_Final-LR-1.pdf (дата обращения: 03.12.2018)

²³ В данном случае имеются в виду споры между арктическими государствами как по арктическим проблемам (делimitация морских пространств в Северном Ледовитом океане), так и по неарктическим вопросам (разногласия по вопросам военных действий в Сирии, территориальной целостности Украины и др.).

именно информационных технологий обусловлена тем, что в настоящее время взаимодействие государств региона во всех иных сферах сотрудничества осуществляется на основе связи через Интернет²⁴.

2.3. Субрегиональный уровень

На субрегиональном уровне сотрудничества необходимо обратить внимание на такие международные организации, как Северный Совет, Совет министров северных стран и Совет Баренцева / Евро-Арктического региона. С 1952 г. действует организация сотрудничества парламентариев стран Северной Европы — Северный Совет. Первоначальными участниками Северного совета были Дания, Исландия, Норвегия и Швеция. Финляндия присоединилась в 1955 г.

Деятельность Северного совета характеризуется прежде всего внесением инициатив по проблемам развития северного региона. Данная организация является консультативно-контрольным органом по вопросам, затрагивающим компетенцию сотрудничества между отдельными либо всеми его государствами-членами, включая автономные территории (Фарерские острова, Гренландия и Аландские острова). Северный совет готовит рекомендации и сообщает мнение Совету министров северных стран²⁵ и правительствам государств-членов. Решения Северного совета имеют рекомендательный характер, но вместе с тем имеют значительный политический авторитет. В большинстве случаев его решения приобретают форму действий соответствующих правительств, парламентов и Совета министров Северных стран. Северный совет состоит из 84 членов (данные на февраль 2017 г.), избираемых национальными парламентами. Парламент Дании посылает в Совет 16 депутатов, Норвегии — 20, Финляндии — 18, Швеции — 19, Исландии — 7, Гренландии — 2, Аландских островов — 2, Фарерских островов — 2 (представители Гренландии, Фарерских и Аландских островов избираются органами местного самоуправления). Органами Северного совета являются его пленарная сессия, президиум и комитеты²⁶. С 1971 г. работает Совет министров северных стран – межправительственный орган сотрудничества пяти государств Северной Европы: Дании, Исландии, Норвегии, Финляндии и Швеции, а также трех автономных территорий — Аландских островов, Фарерских островов и Гренландии²⁷.

²⁴ Финансы, транспорт, охрана природы, медицина и другие жизненно важные сферы межгосударственного сотрудничества.

²⁵ Совет министров Северных стран создан в 1971 году как форум межгосударственного сотрудничества правительств Скандинавских стран.

²⁶ См.: Северный совет // Официальный сайт Совета Федерации [Электронный ресурс]: // URL: <http://council.gov.ru/activity/crosswork/dep/85/> (дата обращения: 20.06. 2018)

²⁷ См.: Северный совет и Совет министров Северных стран // Арктик-фонд (Интернет-издание) [Электронный ресурс]: // URL: http://library.narfu.ru/sites/arctic/rus/info/gosud_politika_v_arktike/Pages/Северный-совет-и-совет-северных-министров.aspx (дата обращения: 20.06. 2018)

С начала 1990-х годов деятельность Северного совета и Совета министров в сфере международных контактов сосредоточивалась на трех главных направлениях: их внутреннем сотрудничестве; общеевропейском сотрудничестве, в частности, с ЕС и Европейским экономическим пространством; со смежными регионами Арктики и Балтийского моря, а также с Северо-Западной частью России. Платформой для активных действий в данных географических регионах является принятая Советом министров в 1990 г. «Программа развития прилегающих (сопредельных) территорий», которая считается приоритетной в сфере реализации внешней политики северных государств²⁸.

В октябре 2011 г. Генеральный секретарь Совета министров Х. Аусгримссон посетил Россию где обсуждал актуальные вопросы ее взаимодействия со странами Северной Европы по линии межгосударственных региональных организаций, в том числе в контексте реализации разработанных Советом министров «Основных направлений сотрудничества с Северо-Западом России в 2009–2013 гг.». Отмечалась роль Совета министров в реализации международных проектов в данных регионах России, прежде всего, в сфере образования, науки, охраны окружающей среды, здравоохранения и социальной помощи. Была подчеркнута готовность обеих сторон к дальнейшему наращиванию взаимодействия и к выработке оптимальной модели координации проектов действующих на Севере Европы региональных советов.

В 2017 г. Совет министров принял Программу арктического сотрудничества на 2018–2021 гг. В Программе учитываются потребности Арктики, и она должна способствовать устойчивому развитию региона. В этом контексте важную роль играет Повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 г. (включая 17 глобальных целей устойчивого развития), принятая Генеральной Ассамблеей ООН в 2015 г.²⁹ Целью Программы является создание устойчивого и конструктивного развития Арктики и ее народов, которое основано на пяти составляющих элементах (планета, народы, процветание, мир и партнерство). Традиционно Совет министров уделяет первоочередное внимание перспективам партнерства и работает для того, чтобы укреплять сотрудничество в рамках Программы по горизонтали, что должно будет оставаться приоритетом³⁰. Важно, что принятая Советом ми-

²⁸ См.: Гжеля Й. Роль Совета министров Северных стран в развитии Арктики // Гуманитарные науки. 2012. № 2. С. 38.

²⁹ См.: Преобразование нашего мира: повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 года: Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 25.09. 2015. A/RES/70/1 [Электронный ресурс]: // <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/92/PDF/N1529192.pdf> (дата обращения: 21.06. 2018)

³⁰ См.: Северное партнерство для Арктики: программа арктического сотрудничества Совета министров северных стран. Копенгаген: Совет министров северных стран, 2017. С. 7 / Nordic Partnerships for the Arctic: The Nordic Council of Ministers' Arctic Co-operation Programme 2018–2021

нистров Программа Арктического сотрудничества на 2018–2021 гг. предполагает взаимодействие не только государств-членов: партнерство может быть дополнено одной или несколькими другими арктическими государствами — США, Канадой и Россией³¹.

В настоящее время сотрудничество России и Совета министров носит двойственный характер. С одной стороны, Федеральным Собранием сформирована делегация, которая на пленарных сессиях Северного совета обладает статусом приглашенного иностранного гостя. С другой стороны, играющие важную роль в координации программной деятельности информационные бюро Совета министров, которые были учреждены в Санкт-Петербурге и в Калининграде, остановили реализацию ряда проектов в России после включения их Минюстом Российской Федерации в реестр иностранных агентов³².

11 января 1993 г. в Киркенесе (Норвегия) была принята Декларация о сотрудничестве в Баренцевом / Евро-Арктическом регионе, фактически представляющем собой западную часть Арктического региона, т.е. субрегион Арктики. Результатом принятия Декларации стало создание при непосредственном участии России Совета Баренцева / Евроарктического региона. Совет Баренцева / Евроарктического региона состоит из министров иностранных дел пяти северных стран и России, а также представителей Европейского союза. (Канада, Франция, Италия, Япония, Нидерланды, Польша, Великобритания, Германия и США являются странами-наблюдателями). Пост председателя Совета можно занимать не более одного года. Цель работы Совета — содействие устойчивому развитию инфраструктуры региона, двустороннему и многостороннему сотрудничеству в области экономики, науки и техники, охраны окружающей среды, образования и культурного обмена, туризма, а также помощь в реализации проектов, направленных на улучшения положения коренных и малочисленных народов Севера³³.

Важной вехой развития сотрудничества государств Западной Арктики стало подписание в 2007 г. в рамках данного Совета межправительственного Соглашения между Финляндией, Норвегией, Россией и Швецией о создании Международного Баренцева секретариата³⁴. Секретариат был создан в целях

[Электронный ресурс]: // <http://www.nordregio.org/wp-content/uploads/2018/02/ACP-2018-2021-ENG.pdf> (дата обращения: 21.06. 2018)

³¹ Там же.

³² См.: Северный совет ... [Электронный ресурс]: // URL: <http://council.gov.ru/activity/crosswork/dep/85/> (дата обращения: 21.06. 2018)

³³ См.: Совет Баренцева / Евроарктического региона // Арктик-Инфо [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.arctic-info.ru/encyclopedia/countries-and-regions/arkticheskiy-sovets/severnyy-forum/sovets-barentsevaevroarkticheskogo-regiona/> (дата обращения: 21.06. 2018)

³⁴ См.: Соглашение между Правительством Финляндской Республики, Правительством Королевства Норвегии, Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства

укрепления и развития сотрудничества между государствами Баренцева / Евроарктического региона. Правовой статус Секретариата — это юридическое лицо, домицилированное в Норвегии.

Сотрудничество в рамках Совета Баренцева / Евроарктического региона (далее — СБЕР) осуществляется на двух уровнях — центральном и региональном. В основе деятельности на центральном уровне лежит Декларация, подписанная Северными странами, Россией и Комиссией ЕС. Деятельность на региональном уровне основана на протоколе о намерениях, подписанном территориально-административными единицами, находящимися в регионе, а также представителями коренных народов. Данное сотрудничество направлено главным образом на поддержку перестроечных процессов в российской части региона Баренцева моря. Речь идет, в частности, об общественных организациях, рыночной экономике и мерах охраны природы. В последнее время в деятельности СБЕР появились новые направления — сотрудничество в сфере энергетики, здравоохранения, в сфере образования, контакты между парламентариями на региональном уровне и др.³⁵

В июне 2017 г. в Нарьян-Маре (Россия) состоялась 8-я конференция парламентариев Баренцева региона «Работаем вместе во имя инновационного, «умного» и устойчивого Баренцева региона. Доверие, транспарентность, традиции». В конференции приняли участие парламентарии России, а также Норвегии, Финляндии, Швеции и ЕС, деятели различных международных организаций. Участвовали также представители органов исполнительной власти (Минприроды, Федерального агентства по делам национальностей) и органов власти северных регионов России (Архангельской и Мурманской областей, Республики Карелия, Республики Коми и Ямало-Ненецкого автономного округа)³⁶. В ходе конференции в качестве главной задачи было обозначено поддержание проектов устойчивого развития Баренцева / Евроарктического региона. При этом внимание акцентировалось на социально-экономических транспортных и экологических аспектах развития региона, а также на проблемах улучшения условий жизни коренных народов.

Швеции о создании Международного Баренцева секретариата в целях развития сотрудничества в Баренцевом / Евроарктическом регионе: заключено в Рованиеме 15.11.2007 // Бюллетень международных договоров РФ. 2008. № 9. С. 10–14.

³⁵ См.: Совет Баренцева / Евроарктического региона // Арктик-Инфо [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.arctic-info.ru/encyclopedia/countries-and-regions/arkticheskiy-sovet/severnyy-forum/sovets-barentsevaevroarkticheskogo-regiona/> (дата обращения: 21.06. 2018)

³⁶ См.: Официальный сайт Государственной Думы [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.gosduma.net/news/273/1954001/>; Официальный сайт Администрации Нарьян-Мара [Электронный ресурс]: // URL: <http://old.adm-nmar.ru/news/uchastniki-viii-konferenczii-parlamentariev-barenczeva-regiona-vozlozhili-czvetyi-k-pamyatnikam-na-allee-slavyi.html?action=refreshCalendar&month=6&year=2018> (дата обращения: 18.07.2018)

Анализируя различные аспекты субрегионального сотрудничества государств Арктического региона, выделим как его существенное преимущество — оптимально слаженное взаимодействие государств, расположенных в относительной близости друг от друга, так и недостаток: отсутствие субрегиональных механизмов сотрудничества в Восточной Арктике, т.е. локального сотрудничества между Канадой, Россией и США. Соответственно, действенность субрегионального сотрудничества для развития регионального сотрудничества зависит от степени вовлеченности в него всех субрегионов.

3. Перспективы развития

К настоящему времени сложилась система международно-правовых актов различного уровня (универсальные, региональные, двусторонние³⁷) и правовой природы (международные договоры, международные обычаи, декларации, рекомендации и иные акты «мягкого права»), которые применяются к регулированию межгосударственных отношений в Арктике. Но наряду с этим сохраняются различные подходы к перспективам международно-правового регулирования деятельности, включая вопросы разграничения пространств в регионе. Возникают новые угрозы стабильному и безопасному развитию региона, что обуславливает потребность в дальнейшем укреплении международно-правового режима арктической территории³⁸.

Таким образом, в развитии международно-правового регулирования режима Арктики одинаково необходимо функционирование всех механизмов сотрудничества: универсального, регионального и субрегионального. В связи с ростом интереса неарктических государств к освоению природных ресурсов Арктики необходимо укреплять взаимодействие между арктическими и неарктическими государствами и на универсальном, и на региональном, и на субрегиональном уровнях.

Наиболее значимыми проблемами координации международного сотрудничества в регионе являются отсутствие между арктическими государствами единого соглашения по вопросам координации сотрудничества, а также не в полной мере урегулированные разногласия по поводу юрисдикции между данными государствами относительно тех или иных участков акватории Северного Ледовитого океана. Юрисдикционные споры относительно правовой принадлежности той или иной арктической акватории могут быть урегулированы только в рамках многоуровневого механизма сотрудничества государств.

³⁷ Применительно к Арктическому региону двусторонние международные соглашения носят, как правило, субрегиональный характер.

³⁸ См.: Капустин А.Я. Международное право и Арктика / Российская Арктика — территория права: альманах. Выпуск II. Сохранение и устойчивое развитие Арктики: правовые аспекты / С.Е. Нарышкин и др.; отв. ред. В.П. Емельянцеv. М.: Юриспруденция, 2015. С. 40.

Так, например, при разграничении морского дна Северного Ледовитого океана важно полагаться на созданную международную нормативно-правовую базу регулирования правоотношений государств в данной сфере и учитывать как универсальные международно-правовые соглашения, так и акты регионального и двустороннего характера, а также соответствующие решения компетентных международных учреждений³⁹. Должное внимание должно быть уделено истории определения юридического статуса морского дна Северного Ледовитого океана, который неразрывно связан с ходом международно-правового регулирования статуса подводных районов Мирового океана в целом⁴⁰. Помимо этого не в полной мере решенным является вопрос относительно правового статуса Центральной Арктики (района Северного полюса и прилегающей к нему акватории открытого моря (так называемого анклава)⁴¹.

Помимо неурегулированных юрисдикционных споров в Арктике также немало других проблем отраслевого характера, не закрепленных в специальных международных договорах⁴², либо урегулированных общей нормой или только для определенной части данного региона: правовой статус коренных и малочисленных народов⁴³, промысел морских живых ресурсов⁴⁴, добыча минеральных ресурсов⁴⁵, охрана окружающей среды и ряд иных вопросов.

³⁹ Международный орган по морскому дну, Комиссия по границам континентального шельфа и др.

⁴⁰ Gavrilov V.V. The LOSC and the Delimitation of the Continental Shelf in the Arctic Ocean // *International Journal of Marine and Coastal Law*. 2016. № 3. Р. 317.

⁴¹ В 2017 г. представителями России, Канады, США, Дании (Гренландии), Норвегии, Китая, Японии, Республики Корея, Европейского союза и Исландии разработан проект Соглашения о противодействии нерегулируемому промыслу в открытых водах Северного Ледовитого океана. Но данный промысел — лишь один из аспектов сотрудничества государств в сфере регулирования режима центральной части Северного Ледовитого океана. Иные вопросы сотрудничества по данному направлению до настоящего времени не обсуждаются на международном уровне.

⁴² В данном контексте под специальным международным договором следует понимать такой договор, который был бы заключен двумя и более государствами по проблемам регулирования соответствующих правоотношений в Арктическом регионе (с обязательным указанием в его названии на Арктический регион либо на его часть, то есть субрегион).

⁴³ Правовой статус коренных и малочисленных народов Арктики не урегулирован специальным международным договором. Правовой статус данных народов регулируется международными договорами в области прав человека на общих основаниях, исходя из универсальных и региональных международных договоров. Единственным исключением является Соглашение между Правительством СССР и Правительством США о взаимных поездках жителей района Берингова пролива и о Региональной комиссии Берингова пролива 1989 г.

⁴⁴ Специальными международными договорами урегулирован лишь рыбный промысел (промысел морских млекопитающих не урегулирован) и по большей части на субрегиональном уровне (в районе Баренцева моря) между Россией и Норвегией.

⁴⁵ Добыча минеральных ресурсов урегулирована только в Западной Арктике многосторонним международным Договором о Шпицбергене 1920 г. и двусторонним международным Договором 2010 г., заключенным Россией и Норвегией.

В этих условиях перед Россией как крупнейшей арктической державой, имеющей многовековой опыт правового регулирования Арктики, открывается возможность создавать, а также продвигать передовые правовые образцы в международном арктическом сотрудничестве. В частности, она может инициировать разработку и принятие конвенций о защите прав коренных народов; об охране окружающей среды; о регулировании освоения природных ресурсов Арктики; о регулировании промысла морских живых ресурсов Северного Ледовитого океана⁴⁶.

В целях совершенствования комплексного механизма международного сотрудничества в Арктическом регионе необходимо ориентироваться на Илуиссатскую декларацию 2008 г., в соответствии с которой арктические государства провозгласили отсутствие необходимости в формировании всеобъемлющего правового режима, который направлен на координацию управления Северным Ледовитым океаном.

В связи с этим важно также учитывать, что нормы деклараций в международном праве все же носят преимущественно рекомендательный характер и не имеют обязательного характера, в отличие от международного договора. Также необходимо обратить внимание, что Илуиссатская декларация была принята в рамках конференции по Северному Ледовитому океану, а не по Арктике в целом. Предметом обсуждения в Декларации является не вся Арктика, хотя ее значительную часть занимает именно океан. Более того, положения Илуиссатской декларации никоим образом не препятствуют возможности заключения иных международных договоров, могущих регулировать режим Арктики, например, в части упорядочения сотрудничества государств региона по тем или иным вопросам, включая координацию сотрудничества по различным направлениям.

Соответственно, средством укрепления международного сотрудничества в Арктике может стать один из вариантов заключения членами Арктического совета договора о сотрудничестве в Арктике. Данный международный договор должен быть открыт для участия в нем как арктических государств, так и неарктических, обладающих статусом наблюдателей в Арктическом совете, т.е. всех государств, взаимодействующих между собой на основании положений Декларации об учреждении Арктического совета 1996 г. Данный договор призван способствовать укреплению позиций арктических государств в регионе, с одной стороны, и оптимизации их сотрудничества с неарктическими государствами — с другой. В конечном итоге Договор о сотрудничестве в Арктике может стать центральным координирующим элементом механизма регионального сотрудничества по проблемам Арктики,

⁴⁶ См.: Арктическое право: концепция развития / А.И. Абрамова и др. М.: Юриспруденция, 2014. С. 27.

ни в коей мере не ущемляя ни суверенитета арктических государств, ни интересов прочих государств в данном регионе.



Библиография

Арктика. Предложения к дорожной карте международного сотрудничества / А.В. Загорский и др.. М.: Спецкнига, 2012. 40 с.

Арктическое право: концепция развития / А.И. Абрамова и др. М.: Юриспруденция, 2014. 152 с.

Гжеля Й. Роль Совета министров Северных стран в развитии Арктики // Гуманитарные науки. 2012. № 2 (6). С. 37–41.

Капустин А.Я. Международное право и Арктика / Российская Арктика — территория права: альманах. Выпуск II / С.Е. Нарышкин и др. М.: Юриспруденция, 2015. С. 38–44.

Колодкин А.Л., Гуцуляк В.Н., Боброва Ю.В. Мировой океан. Международно-правовой режим. Основные проблемы. М.: Статут, 2007. С. 263. 637 с.

Копылов М.Н., Якушева Е.А. К 10-летию Арктического совета // Экологическое право. 2006. № 3. С. 118–127.

Международное экономическое сотрудничество в Арктике. Арктический экономический совет / под ред. В.П. Журавеля. М.: АНО ЦСОиП, 2015. 92 с.

Михина И.Н. Современные проблемы международно-правовой защиты вод Арктики / Международное морское право. Статьи памяти А.Л. Колодкина / Сост. Р.А. Колодкин, С.М. Пунжин. М.: Статут, 2014. С. 254–278.

Паничкин И.В. Арктический совет — текущее состояние и перспективы развития / Морские пространства Арктики: современный правовой аспект. Сборник научных статей. М.: Магистраль, 2013. С. 144–155.

Хабриева Т.Я. Российская Арктика — территория права / Российская Арктика — территория права: альманах. Выпуск I / Д.Н. Кобылкин, А.Н. Чертков и др. М.: Юриспруденция, 2014. С. 7–11.

Хабриева Т.Я., Кобылкин Д.Н. Предисловие // Российская Арктика — территория права: альманах. Выпуск III. Сохранение и устойчивое развитие Арктики: Арктика в социально-правовом измерении / Д.Н. Кобылкин, В.П. Емельянцева и др.; отв. ред. В.П. Емельянцева. М.: Юриспруденция, 2016. С. 9–11.

Arctic Broadband: Recommendations for an Interconnected Arctic. Winter 2016 // Available at: https://arcticeconomiccouncil.com/wp-content/uploads/2017/02/AEC-Report_Final-LR-1.pdf (дата обращения: 03.12.2017)

Gavrilov V.V. The LOSC and the Delimitation of the Continental Shelf in the Arctic Ocean // International Journal of Marine and Coastal Law. 2016. № 3. P. 315–338.

Joyner C. The legal regime for the Arctic Ocean // Journal of transnational law & policy. 2009. № 2. P. 195–246.

Nordic Partnerships for the Arctic: The Nordic Council of Ministers' Arctic Co-operation Programme 2018–2021. Copenhagen: Nordic Council of Ministers, 2017. 20 p.

Mechanism of International Cooperation in Arctic: Development and Prospects



Vladislav Avkhadeev

Assistant Professor, Leading Researcher, Department of foreign constitutional, administrative, criminal legislation and international law, Institute of Legislation and Comparative Law under Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: vladislavavkhadeev@yandex.ru.



Abstract

At the turn of the 20th and 21st centuries the Arctic region has become one of the most important centers of concentration of various international interests: economic, geopolitical, academic research, environmental and many others. But at the same time, the corresponding problems coincide with the interests of different states: the disputes that arise between states about the legal status of certain maritime areas in the Arctic entail legal uncertainty as to the legitimacy of the extraction by representatives of a given state of marine living or mineral resources, the jurisdiction of the state in certain maritime areas, as well as bringing to responsibility for damage to the natural environment and many other issues arising in connection with human activities in the Arctic region. Moreover, at the beginning of the 21st century, such a problem arose as a disagreement between the Arctic and non-Arctic states regarding the extraction of marine living resources in the Arctic Ocean and the development of hydrocarbon deposits on its continental shelf and in the International Seabed Area of this ocean. To resolve and further prevent disputes arising between states in connection with their activities in the Arctic, it is necessary to analyze the mechanism of cooperation between them in the region at all levels of international legal regulation: universal, regional and subregional. Having explored the mechanism of international cooperation, it is possible to designate the following: at each level of international legal regulation, there are international treaties and international organizations that are called upon to implement them, in the Arctic region. But at the same time, the levels of legal regulation of the Arctic regime are not linked, because there is no direct relationship either between treaties adopted at various levels, or between bodies or organizations functioning in accordance with such treaties. It is also important to note that many sectoral cooperation in the Arctic region have not yet been resolved at all or only partially resolved. In this connection, it seems appropriate to conclude international treaties aimed at regulating cooperation on specific (sectoral) issues: the legal status of the peoples of the Arctic, the development of mineral resources, the extraction of marine living resources and the protection of the environment.



Keywords

Arctic, Arctic Ocean, international cooperation, legal regulation, implementation, United Nations, Arctic Council, Barents Euro-Arctic Council, Northern Council, Council of Ministers of the Nordic countries.

Citation: Avkhadeev V.R. (2018) Mechanism of International Cooperation in Arctic: Development and Prospects. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 332–353 (n Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.332.353



References

- Arktika. Predlozheniya k dorozhnoy karte mezhdunarodnogo sotrudnichestva* (2012) [Arctic. Proposals to the road map of international cooperation]. A.V. Zagorsky et al. Moscow: Spetskniga, 40 p. (in Russian)
- Arctic Broadband (2016) Recommendations for an Interconnected Arctic. Winter 2016. Available at: <https://arcticeconomiccouncil.com/wp-content/uploads/2017/02/AEC-Report-Final-L-R-1.pdf> (accessed; 3.12.2017)
- Arkticheskoye pravo: kontseptsiya razvitiya* (2014) [Arctic Law: Concept of development]. A.I. Abramova et al. Moscow: Yurisprudentsiya, 152 p. (in Russian)
- Gavrilov V.V. (2016) The LOSC and the Delimitation of the Continental Shelf in the Arctic Ocean. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, no 3, pp. 315–338.
- Gzel'a Y. (2012) Rol' Soveta ministrov severnykh stran v razvitiy Arktiki [The Role of the Nordic Council of Ministers in Development of Arctic]. *Gumanitarnye nauki*, no 2, pp. 37–41.
- Joyner C. (2009) The Legal Regime for the Arctic Ocean. *Journal of Transnational Law & Policy*, no 2, pp. 195–246.
- Kapustin A.Y. (2015) Mezhdunarodnoye parvo i Arktika [International law and the Arctic]. *Rossiyskaya Arktika — territoriya prava*, issue 3, pp. 38–44.
- Khabriyeva T.Y. (2014) Rossiyskaya Arktika — territoriya prava [Russian Arctic — territory of law]. *Rossiyskaya Arktika — territoriya prava*, issue 1, pp. 7–11.
- Khabriyeva T.Y., Kobylkin D.N. (2016) Predislovie [Preface]. *Rossiyskaya Arktika — territoriya prava*, issue 3, pp. 9–11.
- Kolodkin A.L., Gutsul'yak V.N., Bobrova Y.V. (2007) *Mirivoy ocean. Miezhdunarodno-pravovoy rezhim. Osnovnyye problemy* [World Ocean. International legal regime: main issues]. Moscow: Statut, 637 p. (in Russian)
- Kopylov M.N., Yakusheva Y.Y. (2006) K 10-letiyu Arkticheskogo soveta [To the 10th anniversary of the Arctic Council]. *Ekologicheskoye pravo*, no 3, pp. 30–35.
- Miezhdunarodnoye ekonomicheskoye sotrudnichestvo v Arktike. Arkticheskij Ekonomicheskij sovet* (2015) [International economic cooperation in the Arctic. Arctic Economic Council]. V.P. Zhuravel (ed.). Moscow: ANO TSIP, 92 p. (in Russian)
- Mihina I.N. (2014) Sovremennyye problemy mezhdunarodno-pravovoy zashchity vod Arktiki. *Miezhdunarodnoye morskoye pravo. Statyi pamyati A.L. Kolodkina* [Modern Issues of Legal Protection of Arctic Waters. International Sea Law. Essays in memory of A.L. Kolodkin]. A.L. Kolodkin, S.M. Punzhin (eds.). Moscow: Statut, pp. 254–278.
- Nordic Partnerships for the Arctic* (2017) The Nordic Council of Ministers' Arctic Cooperation Programme 2018–2021. Copenhagen: Nordic Council of Ministers, 20 p.
- Panichkin I.V. (2013) Arkticheskij sovet — tekushchee sostoyanie i perspektivy razvitiya [Arctic Council: Current State and Prospects] *Morskie prostranstva Arktiki: sovremennyy pravovoy aspekt* [Sea Spaces of Arctic: Modern Legal Aspect. Moscow: Magistral, pp. 144–155.

Конституционно-правовой статус канадских индейцев и их поселений (в контексте института территориальной автономии)

И.В. Ирхин

докторант кафедры государственного (конституционного права) Южного федерального университета, кандидат юридических наук. Адрес: 344002, Российская Федерация, Ростов-на-Дону, ул. Максима Горького, 88. E-mail: dissertacia@yandex.ru

Аннотация

В настоящей статье на основе использования сравнительно-правового метода исследования изучена конституционно-правовая природа и присущие особенности статуса канадских индейцев и их поселений. На основе историко-правового метода изучен генезис институционализации правового положения индейцев в контексте реализации в Канаде тенденций и форм их уравнивания. Диалектический метод задействован при выявлении тождеств и противоречий между конституционно-правовыми подходами регуляции статусов индейцев между собой, а также поселений в соотношении с провинциями и муниципалитетами Канады, концептом территориальной автономии. Актуальность тематики обуславливается целесообразностью изучения канадского опыта для его возможного учета при правовом регулировании статуса коренных малочисленных народов России. Новизна исследования предопределяется определенным дефицитом в российской юридической науке актуальных материалов, посвященных конституционно-правовым проблемам регулирования статусов индейцев, индейских поселений. Кроме того, впервые проанализирован конституционно-правовой статус индейских поселений в ракурсе концепции территориальной автономии. По результатам проведенной работы автор обосновывает принципиальную целесообразность закрепления в национальной конституции общей институциональной основы статуса коренных народов в виде режима самоуправления, в рамках и на основе которого в дальнейшем можно было бы более продуктивно разрабатывать адаптивную нормативно-правовую систему. Обращается внимание на более успешный опыт институционализации судебных органов власти индейских сообществ США. Проанализированы формулируемые в научной литературе критерии определения территориальной автономии. Отмечается, что при формальном применении указанных критериев к конституционно-правовым статусам индейских поселений Канады можно было бы констатировать их принадлежность к территориальным автономиям политического типа. Вместе с тем, такой подход не вполне точно отражает институциональное соотношение индейских поселений и территориальных автономий. Автор выдвигает собственную версию идентификации внутригосударственных образований в качестве территориальных автономий, на основе которой констатируется, что индейские поселения могут быть квалифицированы в качестве территорий с признаками ограниченной автономии. Та-

кой вывод обуславливается недостатком ресурсов для реализации принадлежащих полномочий, гарантий самостоятельности и невмешательства федеральных органов власти. В качестве возможного концептуального инструмента совершенствования конституционно-правового статуса индейских поселений подчеркивается рациональность использования института территориальной автономии.



Ключевые слова

Канада, Конституция, индейцы, компетенция, гарантии, самостоятельность, финансовые ресурсы, провинция, муниципалитеты, территориальная автономия.

Библиографическое описание: Ирхин И.В. Конституционно-правовой статус канадских индейцев и их поселений (в контексте института территориальной автономии). Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 4. С. 354–376.

JEL: K3; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.354.376

1. Основы конституционно-правового статуса коренных народов Канады

Канада относится к государствам, основанным на федеративных началах. При этом специфика канадского федерализма рельефно проявляется сквозь призму широкой гаммы признаков, квалифицирующих многокультурную природу этой страны и ее общества. Признание данного феномена зафиксировано на конституционном уровне — согласно ст. 27 Хартии прав и свобод канадцев (1982)¹ настоящая Хартия должна толковаться образом, согласующимся с целями сохранения и приумножения многокультурного наследия канадцев. Ярким свидетельством культурного многообразия Канады выступает конституционное признание статуса коренных народов — согласно ч. 2 ст. 35 Хартии под термином коренные народы Канады понимаются индейцы, инуиты и метисы.

В силу ст. 91 Конституционного акта (1867) индейцы и земли, зарезервированные за ними, относятся к юрисдикции федерального Парламента. При этом канадское право делит индейцев на «статусных» и «нестатусных». Статусными признаются отвечающие требованиям Индейского акта и зарегистрированы в качестве таковых (ст. 2 Индейского акта)². Впервые индейцы были разграничены на «статусных» и «нестатусных» в 1851 году на

¹ Конституции зарубежных государств. М., 1996. С. 465–551.

² Indian Act. R.S.C. 1985. P. 1–5. Available at: www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/i-5/FullText.html (дата обращения: 09.02.2018)

основании изменений и дополнений, внесенных в Акт о защите индейцев Верхней Канады. Критерием деления послужила гендерная принадлежность. Поправками были косвенно исключены из категории «статусных» индейцев «белые», живущие среди индейцев, и неиндейского происхождения мужчины, состоящие в браке с индейскими женщинами.

Отличается своеобразием дихотомический подход, использующийся при определении источников правового регулирования «статусных» индейцев. Так, с позиции Индейского акта при идентификации индейцев на основе «культурной концепции» квалифицирующим критерием распространения на них конституционной юрисдикции является их образ жизни. При этом надлежит принимать во внимание сложность и изменчивость этого образа жизни³. Наследственность также выступает критерием и условием правового регулирования положения индейцев.

Регламентация правового статуса «нестатусных» индейцев производится на основе норм законодательства, обычного права и судебной практики, что порождает фрагментарность регулирования правоотношений с участием представителей данных коренных народов. Так, Верховный суд Канады в 1984 году признал членов индейской племени Мэсквим, проживающих в Британской Колумбии, «статусными» и закрепил за ними аборигенные права ловли лосося в реке Фрэйзер, «где их предки ловили рыбу с незапамятных времен»⁴. В 1984 году федеральное правительство признало племя, живущее у реки Конн, статусными индейцами, а в 2008 году официально стали называться индейцами члены безземельного племени Квалипу в Ньюфаундленде. В других случаях суды определяли законность ведения рыбного промысла на основе критерия принадлежности этого вида занятия к культуре того или иного племени⁵. Таким образом, признак деятельности послужил средством квалификации действительности статуса аборигена.

Зачастую судебные акты, регулирующие права коренных народов, являются итогом синтеза норм обычного и писаного права. В связи с этим актуальны вопросы выработки системных мер институционализации положения «нестатусных» индейцев в целях решения проблем, связанных с высоким риском коллизии правового регулирования.

8 января 2013 года федеральный апелляционный суд Канады вынес решение по делу «Дэниэлс»⁶, в соответствии с которым на метисов и «нестатус-

³ Daniels Decision: Federal Court ruling on Métis and non-status Indians. Available at: http://www.nccah-ccnsa.ca/378/Daniels_Decision_Federal_Court_ruling_on_Metis_and_non-status_Indians.nccah [Электронный ресурс]: <http://cas-ncr-nter03.cas-satj.gc.ca/rss/T-2172-99%20reasons%20jan-8-2013%20ENG.pdf> (дата обращения: 08.02.2018)

⁴ Hogg P. Constitutional Law of Canada. Toronto, 2007. P. 590.

⁵ Ibid. P. 592–593.

⁶ Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development), 2016. 1 SCR 99, 2016 SCC 12.

ных» индейцев стали распространяться положения ст. 91 (24) Конституционного акта, т.е. указанные виды коренных народов отнесены к юрисдикции федерального парламента. Данное решение подтверждено вступившим в 2016 году решением Верховного суда Канады⁷.

Конституционная фабула ст. 91 (24) Хартии имеет огромное значение в определении характеристик правового статуса коренных народов. Это связано с принятием и распространением на них законодательства, специальных программ, принимаемых Парламентом, учитывающих условия их жизни. Применение конституционных предписаний ст. 91 (24) Хартии в отношении коренных народов предопределяет их уравнивание в правах со «статусными» индейцами и инуитами. В судебном решении по делу «Дэниэлс» указано, что обстоятельства, послужившие поводом для обращения истцов к судебному разбирательству, изложены в меморандуме, направленном государственным секретарем в адрес кабинета в 1972 году. Метисы и «нестатусные» индейцы не имеют даже гарантий защиты департамента по делам индейцев и развитию Севера⁸. Они в большей степени подвергаются дискриминации и иным социальным лишениям. При отсутствии федеральной инициативы метисы и «нестатусные» индейцы находятся в более неблагоприятном положении по сравнению с другими коренными народами Канады. В соответствии с решением по делу «Дэниэлс» к категории «нестатусных» индейцев относятся лица, сохранившие наследственную связь (не обязательно генетическую), а также те, кто определяют себя как индейца и воспринимаются в качестве такового индейской общиной, ассоциацией, ее подразделением, к которой они желают принадлежать, но не соответствуют требованиям Индейского акта.

Надо заметить, что распространение положений ст. 91 (24) Конституционного акта Канады на «нестатусных» индейцев предопределяется объективной потребностью обеспечения подлинного конституционного равенства всех коренных народов Канады. Очевидно, что «нестатусные» индейцы в силу ст. 35 Хартии прав и свобод по конституционному статусу не отличаются от иных коренных народов Канады. Поэтому преодоление сложившегося дисбаланса является верным шагом на пути формирования среды, основанной на уважении и признании эквивалентности правового положения всех коренных народов этой страны.

⁷ Ibid.

⁸ В августе 2017 года премьер-министр Канады Д. Трюдо анонсировал информацию о расформировании департамента по делам индейцев и развитию Севера и создании двух новых департаментов: департамента обслуживания коренных народов и департамента отношений между короной и коренными народами и дел Севера. См.: Официальный сайт правительства Канады. Available at: www.canada.ca/en/indigenous-northern-affairs.html (дата обращения: 09.02.2018)

2. Проблемы разграничения компетенции федерации и провинций по регламентации статуса индейцев и земель, зарезервированных за ними

Основным актом федерального уровня, регулирующим конституционно-правовой статус индейских сообществ⁹ и земель, зарезервированных за ними, остается Индейский акт. Резервации¹⁰ принадлежат британскому монарху и предоставлены для использования соответствующим племенам. При этом генерал-губернатор может установить любые цели использования земель в интересах индейского сообщества (ст. 18 Акта). К. Коатес указывает, что «Индейский акт был и остается могущественным инструментом федерального Правительства, предоставляющим федеральным гражданским служащим полномочия по управлению делами сообществ, осуществлению надзора за землями коренных народов и их денежных средств, управлению личной и семейной жизнью аборигенных наций. На основе Индейского акта правительство Канады получило обширные полномочия по вопросам жизнедеятельности коренных народов и их сообществ. Акт квалифицирует статус индейца, тем самым, предопределяет для племен критерии квалификации членов»¹¹.

Одновременно статус индейцев регламентируется на уровне провинций. Статья 88 Акта устанавливает возможность дополнительного законодательного регулирования актами провинции при условии, что они не дублируют положения настоящего акта, не противоречат ему и другим нормам, принятым в соответствии с Актом. При этом подход федерального правительства Канады состоит в том, что оно регламентирует правовой статус индейцев в резервациях, а все, что касается индейцев, проживающих вне зарезервированных земель, возлагается на провинции. Провинции, ссылаясь на Индейский акт, напротив, считают, что они не несут ответственности за индейцев, причем вне зависимости от того, проживают они или нет на зарезервированных территориях¹².

Верховный суд Канады в деле «Paul v. British Columbia» постановил, что провинции обладают компетенцией наделять административные трибуналы полномочиями рассматривать вопросы, связанные с правами коренных

⁹ В настоящей работе индейские группы, индейские сообщества, индейские общины, первые нации, индейские племена рассматриваются как синонимичных понятий.

¹⁰ В рамках настоящего исследования резервации и поселения рассматриваются в качестве идентичных понятий.

¹¹ Koates K. The Indian Act and the Future of Aboriginal Governance in Canada. Ottawa: National Centre for First Nations Governance, 2008. P. 2–3.

¹² Teillet J. Metis Law in Canada. 2011. P. 46. Available at: www.pstlaw.ca/resources (дата обращения: 09.02.2018)

народов, в соответствии с их мандатом¹³. Также в отношении коренных народов, безотносительно того, являются ли они индейцами, проживают или не проживают в пределах резерваций, распространяются системы поддержки и защиты детства и молодежи¹⁴.

В решении Верховного Суда Канады *Parents v. Superintendent of Child Welfare* (1975) зафиксировано, что «законы провинций не распространяются на правомочия владения землями в индейских резервациях. Охота в резервациях является существенным элементом традиционного образа жизни индейца, которая должна быть свободна от законодательного регулирования провинции. Однако менее очевидно, что на строительство домов и других зданий в резервациях акты провинций не должны распространяться»¹⁵.

Дихотомический подход по нормативно-правовой регуляции статуса индейцев критикуется в литературе. П. Хогг указывает на опасность нарушения правовыми актами провинций прав коренных народов, поскольку «ст. 88 Индейского акта непосредственно не защищает аборигенные права от их нарушения законодательством провинции»¹⁶. В другой работе данный автор отмечает, что «резервации не являются федеральными анклавами, в отношении которых исключается действие провинциальных законов»¹⁷. Д. Шульце подчеркивает, что «коренные народы находятся под ответственностью федерального правительства, но их интересы и статус могут быть урегулированы также на уровне провинций»¹⁸.

Отсутствие четкого разграничения компетенции между федерацией и провинциями по вопросам регламентации правового положения индейских сообществ и их поселений является перманентным риском коллизий.

3. Конституционно-правовые основы самоуправления индейских сообществ и земель, зарезервированных за ними

Правовой режим самоуправления индейских общин определяется федеральным законодательством, актами провинций и самих индейцев. Как было указано, одним из главных документов федерального уровня, регла-

¹³ *Ibid.* P. 119–120.

¹⁴ *Schulze D. Comparative Governance Structures among Aboriginal Peoples in Canada // The Scow Institute. 2008. P. 9. Available at: www.scow-archive.libraries.coop/library/documents/Comparative_Governance.pdf (дата обращения: 09.02.2018)*

¹⁵ *Hogg P.* Op. cit. P. 583.

¹⁶ *Ibid.* P. 615.

¹⁷ *Ibid.* P. 581.

¹⁸ *Schulze D.* Op. cit. P. 10.

ментирующих конституционно-правовую конфигурацию публичных органов власти индейских общин, обеспечивающих самоуправление, является Индейский акт. В указанном документе закреплены общие параметры правовой организации индейцев и их поселений. В качестве главного института самоуправления обозначен Совет.

В соответствии со ст. 74 Акта Совет состоит из главы и советников, численность которых варьируется от 2 до 12 человек, избираемых не менее чем от 100 членов нации сроком на 2 года (ст. 78). Указанный вариант является образцом, от которого допускаются отклонения на основании соглашений, заключаемых индейскими сообществами с федеральным правительством, и принятых в соответствии с ними конституций общин¹⁹. Кроме того, среди одной группы индейцев нередко сосуществуют два режима самоуправления: формальная (по Индейскому акту) и традиционная (неформальная).

К. Коатс подчеркивает, что «предусмотренная Индейским актом форма управления, которая включает избираемых племенем глав и Советов, зачастую не считается индейцами легитимной. Они продолжают руководствоваться правилами, в соответствии с которыми статус вождя переходит по наследству, применяют традиционные политические системы даже тогда, когда официальные полномочия и правительственные программы финанси-

¹⁹ Так, в рамках группы индейцев-глинкетов (Юкон) полномочия осуществляются четырьмя ветвями управления (four branches of the government): главным Советом, исполнительным Советом, Советом старейшин, судебным Советом (ст. 6.1 Конституции глинкетов. См.: Teslin Tlingit Council Constitution (2013). Available at: www.ttc-teslin.com/constitution.html (дата обращения: 08.02.2018)). Указанные органы не вправе вмешиваться в сферу ведения друг друга (ст. 6.2). Главный Совет наделен нормотворческими функциями, состоит из 25 представителей — по пять из каждого клана (рода). Они избираются в соответствии с традициями родов на пять лет (ст. 9.1 Конституции). Руководит главным Советом спикер (ст. 9.2). Исполнительный Совет состоит из 9 членов (по одному из каждого клана, один представитель от Совета старейшин, главный административный служащий, его заместитель, один представитель в статусе ex-officio от молодежного Совета). На основании предоставленных главным Советом и/или Советом старейшин полномочий исполнительный Совет осуществляет функции, которые обычно принадлежат институтам исполнительной власти. К ним относятся: сдача в аренду земель, их продажа и обмен, заем денежных средств, оценка недвижимого имущества, установление и сбор налогов, создание бюро, комиссий, комитетов и других институтов, внесение в главный Совет рекомендаций по утверждению бюджета, расходов на заработную плату служащим органов управления (ст. 12.1 Конституции). В состав Совета старейшин входят представители кланов в возрасте не менее 65 лет. Ст. 15.2 устанавливает, что данный институт может быть сравним с Сенатом Канады, целями деятельности которого являются повторное рассмотрение вопросов и своевременные и рациональные рекомендации и указания. В силу ст. 15.4 и 15.5 Конституции Совет старейшин уполномочен давать рекомендации и указания по любым вопросам главному Совету, исполнительному Совету, судебному Совету, главам и членам кланов. Кроме того, Совет старейшин отвечает за сохранение, развитие и внедрение наследия глинкетов, их культуры, языка и других традиций. Судебный Совет состоит из пяти членов, назначаемых от каждого клана, обеспечивает исполнение Соглашения об отправлении правосудия, в том числе путем назначения главного мирового судьи (Chief Peacemaker) и младших судей (Associate Peacemaker).

руются через советы племен на основании Индейского акта»²⁰. Д. Куиснел и К. Ишканян указывают, что «в настоящее время некоторые индейские группы считают предусмотренный Индейским актом порядок избрания главы группы пережитком колониального прошлого, проявлением неуважительного отношения к традициям и ценностям индейцев»²¹.

Отечественные авторы также отмечают, что «наблюдается процесс выхода общин из сферы действия Акта в том, что касается процедуры выборов вождя или Совета общины. По своей инициативе они могут отвергать установленные в Акте процедурные правила и переходить еще до заключения соглашения о самоуправлении на традиционную систему выборов в соответствии с обычным правом»²². По состоянию на 2015 год более половины индейских сообществ Канады применяли традиционную избирательную систему (57%)²³. Наследственный порядок перехода титула главы племени базируется на преференциях, главных образом определяемых клановыми различиями между индейцами²⁴.

Ф. Виддоусон указывает «на несостоятельность мифа о существовании некоторого подобия социализма до контакта с европейцами. Среди аборигенных народов были широко распространены недемократические политические системы, в основе которых был принцип управления сообществом наиболее влиятельными семьями»²⁵. П. Хогг и Э. Турпель также отмечают, что «система сдержек и противовесов, финансовый контроль, отчетность, стандарты по урегулированию конфликтов и интересов чужды аборигенной культуре. Однако ценности общественного долга и ответственности являются интегральными элементами системы надлежащего управления»²⁶.

С нашей точки зрения обе позиции заслуживают критического осмысления. Наследственный режим содержит очевидные дефекты, присущие любой клановой системе управления (низкий уровень политической культуры,

²⁰ Koates K. Op. cit. P. 5.

²¹ Quesnel J., Ishkanian K. Custom Election Codes for First Nations: A Double-Edged Sword. British Columbia. 2017. P. 4. Available at: www.fraserinstitute.org/sites/default/files/custom-election-codes-for-first-nations.pdf (дата обращения: 09.02.2018)

²² Правовые основы обеспечения прав коренных народов Канады и России / под ред. А.Ф. Малого, С.В. Бухмина. Казань: Изд-во Казанского ун-та, 2017. С. 48.

²³ Quesnel J., Ishkanian K. Op. cit. P. 5.

²⁴ Hartley Bay Band Council. Available at: www.gitgaat.net/people/governance.htm (дата обращения: 05.02.2018)

²⁵ Widdowson F. Aboriginal Self-Government in Canada: An Inherent Right of Unethical Governance? Annual Conference of Canadian Political Science Association, Toronto, 2006. P. 15. Available at: www.blogs.mtroyal.ca/fwiddowson/files/2009/12/Inherent-Right-of-Unethical-Governance-Widdowson-peer-reviewed-copy.pdf (дата обращения: 08.02.2018)

²⁶ Hogg P., Turpel M. Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues // Canadian Bar Review. 1995. No. 2. P. 215.

отсутствие конкуренции, социальная и экономическая инертность и т.д.). В свою очередь преимущества демократического порядка избрания главы племени нейтрализуются подконтрольностью Совета правительству Канады.

В 2010 году Сенат Канады суммировал недостатки избирательной системы Советов индейских сообществ, предусмотренной Индейским актом. Ими являются: неточная регламентация процедуры выдвижения кандидатов в Советы и открытая для злоупотреблений и махинаций модель голосования по почте, чрезмерное сосредоточение полномочий правительства Канады по вмешательству в дела индейцев, отсутствие надлежащего и независимого порядка обжалования решений Советов, неадекватный порядок нуллификации положений Акта, отчетность выборных лиц индейских сообществ перед департаментом по делам индейцев и развитию Севера, а не перед сообществами (индейские сообщества лишены права самостоятельно определять сроки и численный состав Советов)²⁷.

В целях модернизации избирательной системы индейских сообществ в 2014 году Парламент Канады принял Акт о выборах первых наций²⁸. Этот документ в некоторых аспектах усовершенствовал модель Советов индейских сообществ. Так, срок полномочий Советов увеличен до четырех лет (ст. 28), избирательные споры теперь должны рассматриваться федеральными и верховными судами провинций (ст. 33 Акта о выборах первых наций), а не правительством Канады (ст. 76 Индейского акта). Вместе с тем, Акт о выборах первых наций не лишен недостатков. Одним из основных недостатков является наделение индейских сообществ правомочиями взимать 250-долларовый избирательный залог, который возвращаются, если кандидат получил более 5% поданных голосов (ст. 11).

Следует отметить, что уровень жизни индейцев далеко не самый высокий в Канаде. По данным на 2016 год более половины детей (60%) коренных народов, находящихся в резервациях, живут в нищете²⁹. На этой основе введение избирательного залога способствует отстранению от выборов в Советы лиц, не располагающих необходимыми денежными средствами, нежели фильтрации тех, кто не имеет серьезных намерений работать в Совете.

В индейских сообществах не применяется модель разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную. Советы представляют собой гибридную форму консолидации нормотворческих, исполнительно-распорядительных функций. При этом анализ конфигурации компетенции

²⁷ Quesnel J., Ishkanian K. Op. cit. P. 5.

²⁸ First Nations Elections Act (S.C. 2014. P. 5. Available at: www.laws.justice.gc.ca/eng/acts/F-11.65/ (дата обращения: 08.02.2018)

²⁹ Kirkup K. 60% of First Nations children on reserve live in poverty, institute says // Canadian Press. 2016. May 17. Available at: www.cbc.ca/news/indigenous/institute-says-60-percent-fn-children-on-reserve-live-in-poverty-1.3585105 (дата обращения: 05.02.2018)

Советов свидетельствует, что предусмотренный в них перечень вопросов фактически составляет сферу совместной компетенции федерации и индейских сообществ. Указанный довод подтверждается отсутствием четкой схемы разграничения юрисдикций Канады и племен, а также положениями ст. 81 Индейского акта о соответствии правовых актов Советов индейских сообществ актам правительства Канады³⁰.

Акты Советов индейских групп, как правило, не требуют утверждения публичными органами власти федерации. Исключение предусмотрено для законов финансово-экономической и налоговой тематики (ст. 83 Индейского акта). Согласно указанной статье, генерал-губернатор вправе самостоятельно регламентировать осуществление индейскими группами нормотворческих полномочий финансово-экономического и налогового характера³¹.

Особым инструментом конституционно-правового регулирования индейских групп и земель, которые за ними зарезервированы, являются соглашения, заключенные с правительством Канады. Д. Джай считает, что «соглашения признают и отражают уважение к праву первых наций на самоуправление в соответствии с присущими аборигенам ценностями, культурой, традициями, законами. Эти соглашения признают духовное и экономическое отношение коренных народов к земле, характеризующее в целостности их мировоззрение»³². Указанные акты конкретизируют статус индейских групп, что, в свою очередь, приводит к фрагментарному применению к ним положений Индейского акта³³.

³⁰ Ст. 73 Индейского акта предусматривает, что генерал-губернатор вправе осуществлять регулирование таких сфер, как защита пушных животных, рыб и другой дичи, скорость дорожного движения, эксплуатация и парковка транспортных средств в поселениях, предотвращение, минимизация и контроль распространения болезней, оказание медицинской помощи, госпитализация, строительство и обслуживание пограничных ограждений и другие вопросы. Генерал-губернатор вправе установить наказание в виде штрафа до 100 долл., или подвергнуть тюремному заключению на срок не более трех месяцев при нарушении данных положений (ст. 73 Индейского акта).

³¹ На уровне отдельных индейских групп также могут предусматриваться требования об утверждении актов различной отраслевой специфики. Так, министр по делам индейцев и развитию Севера утверждает акты Совета о выборах (ст. 66 Акта об индейцах кри и наскапи), охоте, рыбалке, траппингу, защите дикой природы проживающих в Квебеке индейцев кри и наскапи (ст. 48 Акта индейцах кри и наскапи). См.: Cree-Naskapi (of Quebec) Act (S.C. 1984. P. 18). Available at: www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.7/ (дата обращения: 08.02.2018)

³² *Jai J. The Journey of Reconciliation: Understanding our Treaty Past, Present and Future*. 2014. January. P. 10.

³³ Так, ст. 39 разд. 2 Заключительного Соглашения с первой нацией тсаввасен (Британская Колумбия) устанавливает, что в соответствии с переходными положениями и ст. 16 разд. 20 настоящего соглашения Индейский акт не применяется к первой нации, ее членам, правительству или публичным институтам сообщества, кроме как по вопросу квалификации лица в качестве индейца. См.: Tsawwassen First Nation Agreement. Available at: www.aandc-aandc.gc.ca/eng/1100100022706/1100100022717 (дата обращения: 08.02.2018)

Порядок и условия применения к индейцам федерального права также предусматриваются актами о самоуправлении индейских групп³⁴. При возникновении коллизий нормы федерального права имеют приоритет над актами первой нации в строго определенных случаях³⁵. Таким образом, Индейский акт применяется в полном объеме к индейским сообществам при условии, что иные правила не закреплены в соответствующих соглашениях и иных документах. Соглашения определяют компетенцию, структуру, систему органов власти, порядок их формирования, статус членов, финансово-экономические основы, режим налогообложения, отношения с провинциями и федерацией и другие вопросы. На их основе принимаются конституции индейских групп.

Анализ соглашений позволяет констатировать, что в обобщенном виде компетенцию Советов индейских общин составляют: членство и требования к нахождению на территории поселения, зонирование территории, экспроприация имущества в интересах племени, использование, обслуживание, ремонт, снос зданий и сооружений, налогообложение, управление объектами права собственности, образование, социальное обслуживание, местные выборы и референдумы, учреждение административных органов и служб, принадлежащих племени, охрана и пользование природными ресурсами, объектами животного мира, обеспечение и поддержание общественного порядка и безопасности, строительство, обслуживание и ремонт дорог, координация транспортного сообщения, предпринимательская деятельность, профессии и торговля, финансовое управление. Также Советы

³⁴ Напр., ст. 37 Акта о самоуправлении индейской общины сешельт (Британская Колумбия) закрепляет, что законы общего применения Канады подлежат применению на территории их поселения при условии соответствия Акту о самоуправлении. Акты общего применения Британской Колумбии действуют в пределах группы, кроме случаев, когда они противоречат соглашениям, настоящему или другим актам Парламента, конституции или местным законам нации (ст. 38 Акта о самоуправлении). См.: Sechelt Indian Band Self-Government Act (S.C. 1986. P. 27). Available at: www.laws-lois.gc.ca/eng/acts/S-6.6/page-1.html (дата обращения: 08.02.2018). В силу Акта о самоуправлении индейских групп кри и наскапи нормы федерального права и акты провинции действуют на территории поселения при условии их соответствия настоящему Акту (ст. 3,4).

³⁵ Так, ст. 5.19 Соглашения о принципах управления первой нации Уайткэп-Дакота (Саскачеван) указывает, что федеральные правовые акты имеют приоритет над актами индейской группы при коллизиях по вопросам сохранения мира, порядка и надлежащего управления в Канаде, прав человека. Также отмечается, что ничто в настоящем Соглашении не может ограничить компетенцию государства по осуществлению правомерной деятельности в отношении вопросов национальной обороны или безопасности согласно актам федерального права (ст. 5.20 Соглашения о принципах управления первой нации Уайткэп-Дакота). См.: [Whitcap Dakota First Nation Governance Agreement-in-Principle \(2012\)](http://www.whitedakota.com/wp-content/uploads/2017/8/WDFN_GAIP-FINAL-SIGNED-28April-272c-201729.pdf). Available at: www.whitedakota.com/wp-content/uploads/2017/8/WDFN_GAIP-FINAL-SIGNED-28April-272c-201729.pdf (дата обращения: 09.02.2018). Данный Акт не имеет обязательной юридической силы, но является своего рода декларацией о намерениях, в котором определяются ключевые элементы заключительного соглашения. В текущий период в отношении индейской группы Уайткэп-Дакота применяются положения Индейского акта.

могут запретить продажу, обмен, производство или хранение наркотических веществ, алкоголя, привлекать к ответственности за незначительные нарушения. Следует дополнительно акцентировать внимание на том, что указанный перечень вопросов является примерным и варьируется в различных индейских сообществах³⁶.

³⁶ В актах некоторых индейских групп указаны сферы ведения, в отношении которых не распространяется компетенция Советов. Например, ст. 22 разд. 2 Заключительного соглашения с первой нацией тсавассен закрепляет, что изложенные в Соглашении законотворческие полномочия правительства тсавассена не распространяются на вопросы уголовного права и процесса, интеллектуальной собственности, официальных языков Канады, авиации, навигации и судоходства, трудовых отношений. По ст. 23 разд. 2 данного Соглашения при коллизиях между федеральным правом и положениями настоящего Соглашения по вопросам мира, порядка и надлежащего управления, уголовного права, прав человека, защиты здоровья и безопасности канадцев или других вопросов национального значения приоритет имеют акты федерального уровня (ст. 23 разд. 2). Характерным примером отступления от закрепленных в Индейском акте установок является компетенция первых наций Юкона (14 индейских групп). Актом о самоуправлении первых наций Юкона, принятым Правительством Канады, фактически сконструировано четыре списка вопросов, составляющих компетенцию индейских сообществ данной провинции (ст. 11, 20). См.: Yukon First Nation Self-Government Act (S.C. 1994. P. 35). Available at: www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/Y-2.6/page-1.html (дата обращения: 09.02.2018). Первый список включает исключительную компетенцию, которая реализуется в отношении первой нации («исключительная юрисдикция», ч. 1 приложения 3). Второй список предусматривает полномочия, которые распространяются на всю территорию провинции Юкон, но только в отношении жителей первой нации («персональная юрисдикция», ч. 2 приложения 3). Третий перечень закрепляет полномочия, которые реализуются в отношении всех, кто находится на территории Юкона («территориальная юрисдикция», ч. 3 приложения 3). Четвертый список составляет вопросы «чрезвычайной юрисдикции» (П. Хогг и М. Турпель указывают, что «в Соглашении о самоуправлении первых наций Юкона предпринята попытка предупредить возможные проблемы, которые могут возникнуть в чрезвычайной ситуации в результате территориальных или персональных ограничений полномочий первых наций». См.: *Hogg P., Turpel M.* Op. cit. P. 199). В соответствии с ч. 1 приложения первые нации обладают исключительными законодательными полномочиями в отношении управления внутренней деятельностью, статуса лиц, подпадающих под регулирование заключительных соглашений («исключительная юрисдикция»). Согласно ч. 2 приложения 3 предусмотрены правомочия по регулированию социальных и медицинских услуг (за исключением лицензирования и регулирования данных услуг за пределами территории поселения), вопросы аборигенных языков, духовных и культурных верований и практик, учебных программ, регистрации брака, статуса жителя, признания аборигенов (не) дееспособными, вопросы наследования, завещания, регулирование услуг, позволяющих решать споры между жителями во внесудебном порядке, и другие вопросы («персональная юрисдикция»). Часть 3 приложения 3 предусматривает, что первые нации вправе принимать законы местного и частного характера в рамках поселений по следующим вопросам: управление, контроль и защита поселений, природные ресурсы, сбор, охота, траппинг, рыбалка, защита дикой природы и среды обитания, контроль и запрет установки рекламных щитов, лицензирование и регулирование деятельности, осуществляемой в пределах территории проживания, контроль и запрет общественных игр, спортивных мероприятий, гонок, контроль в отношении зданий и сооружений, санитарного состояния, контроль и запрет владения, использования огнестрельного и иного оружия, взрывчатых веществ, зонирование, планирование и развитие земель, местные службы, скот, отправление правосудия, охрана окружающей среды, налогообложение, контроль и запрет любых действий, которые могут/представляют угрозу публичному порядку, миру и безопасности, и другие вопросы («территориальная юрисдикция»). «Чрезвычайные полномочия»

Анализ конституционно-правового статуса Советов индейских общин позволяет сделать вывод, что данные органы посредством принятия правовых актов осуществляют нормотворческие функции. Наделение их правоприменительными полномочиями (охрана окружающей среды, контроль пребывания лиц в пределах поселения, определение критериев к членам сообщества и т.д.) свидетельствует о принадлежности контрольно-распорядительных функций. Применение мер ответственности в виде штрафов и лишения свободы (ст. 81 Индейского акта) указывает на квазисудебные функции.

Последняя позиция является условной, поскольку судебная власть в некоторых индейских сообществах имеет вполне конкретную форму институционализации. При этом Конституция Канады однозначно относит уголовное право, исключая организацию судов общей юрисдикции, но включая судопроизводство по уголовным делам, к исключительному ведению Парламента (ст. 91). А по вопросам, предусмотренным в Индейском акте, осуществляет юрисдикцию суд провинции (ст. 106 Индейского акта).

В литературе указывается, что аборигенные суды являются составной частью судебной системы провинций³⁷. Суды индейских групп фактически являются дополнительным инструментом урегулирования возникающих споров³⁸. При этом в рамках отдельных индейских групп формирование соб-

позволяют первым нациям принимать в пределах поселений меры в отношении любых лиц, для которых возникла чрезвычайная ситуация в пределах «персональной юрисдикции» для оказания содействия в ликвидации такой ситуации. Указанные полномочия реализуются даже при условии действия законов общего применения, регламентирующих идентичные общественные отношения (ст. 20). Указанная структура и содержание компетенции имплементированы в соглашения с первыми нациями Юкона.

³⁷ Whonnock K. Aboriginal Courts in Canada. 2008. P. 9. Available at: www.scow-archive.libraries.coop/library/documents/Aboriginal_Courts_Fact_Sheet.pdf (дата обращения: 09.02.2018)

³⁸ В частности, институционализация мирового суда предусмотрена Соглашением с тлинкитами (ст. 13.6.0 Соглашения о самоуправлении). В развитие положений Соглашения принят Акт о мировом суде и судебном Совете. Мировой суд формируется по одному представителю от клана на основании решения судебного Совета (ст. 34 Акта о мировом суде и судебном Совете). Данный орган осуществляет полномочия в отношении местных законов, принятых в рамках компетенции племени. Суд также разрешает споры между членами группы при условии их согласия для передачи дела в данный суд, а также споры между и внутри кланов при согласии лидера клана, осуществляет судебный надзор в отношении действий и решений главного и исполнительного Совета, рассматривает апелляции на решения должностных лиц и административных органов, осуществляет иные полномочия (ст. 6 Акта о мировом суде и судебном Совете). См.: Teslin Tlingit Peacemaker Court & Justice Council Act (2011). Available at: www.ttc-teslin.com/_literature_133772/Peacemaker_Court_and_Justice_Council-Act (дата обращения: 08.02.2018). Верховный суд Юкона рассматривает дела в отношении всех вопросов, возникающих в рамках настоящего Соглашения или законодательства, принятого на основе Соглашения (ст. 8.11 Акта о мировом суде и судебном Совете). При этом никакие положения Соглашения не ограничивают юрисдикцию федерального суда Канады, предусмотренную Актом о федеральных судах Канады 1985 года. См.: Federal Courts Act (R.S.C., 1985. P. F-7). Available at: www.laws-lois.gc.ca/eng/acts/F-7/ (дата обращения: 08.02.2018).

ственных судебных органов запрещено. Так, ст. 141 раздела Соглашения с индейцами тсаввассен устанавливает, что правительство данной индейской нации не вправе осуществлять полномочия по учреждению судов. Уголовные дела и гражданские споры рассматривают суды Британской Колумбии (ст. 150). С учетом того, что судебная власть в пределах индейских сообществ Канады только формируется, целесообразно обратиться к опыту племенных судов в резервациях индейцев США.

Согласно § 1302 Свода законов США³⁹ племенные суды рассматривают уголовные дела, по которым срок тюремного заключения варьируется в диапазоне от 1 до 3 лет за одно преступление, или предусмотрен штраф, размером от 5 до 15 тыс. долл. При этом указано, что ничто не может повлиять на обязательства США или правительства штата, которому делегированы полномочия США по расследованию преступлений на территориях проживания индейцев (пар. 1302 разд. 25 Свода законов). В отношении гражданского судопроизводства суды племен обладают юрисдикцией по рассмотрению дел с участием индейцев и неиндейцев, проживающих или работающих на территории резервации. Ордонансы и обычное право племен применяется при условии, что они не противоречат гражданскому законодательству США (§ 1322 раздела 25 Свода законов).

При этом Верховный суд США постановил, что племенные суды являются наиболее подходящим форумом для определения юрисдикции в свете условий племенного суверенитета. Права племен в сфере самоуправления предупреждают распространение юрисдикции судов США на территориях проживания индейцев (Indian Country). Верховный суд указал, что федеральные суды должны уважать прерогативы племен в сфере самоуправления и отказывать в рассмотрении дел прежде чем сторонами исчерпаны все средства в племенных судах⁴⁰. Вероятно, развитие института судебной власти с учетом опыта США способствует оптимизации режима самоуправления индейских групп Канады.

Индийские поселения занимают особое место в структуре государственно-территориального устройства канадской федерации. В отношении них применяется конституционно-правовой режим (по Индейскому акту), отличающийся от режима, предусмотренного для провинций и муниципалитетов. В рамках

Заключительным соглашением с индейцами нишга правительству группы предоставлены полномочия по формированию суда (такой акт требует утверждения правительством Канады). Пока такой суд не создан, поэтому в силу ст. 31 разд. 12 этого документа судопроизводство осуществляется провинциальным судом Британской Колумбии. См.: Nisga'a Final Agreement (1999). Available at: www.aadnc-aadnc.gc.ca/eng/1100100031292/1100100031293 (дата обращения: 08.02.2018)

³⁹ U.S. Code. Available at: www.law.cornell.edu/uscode/text/25/1452#d (дата обращения: 17.01.2018)

⁴⁰ Williams v. Lee 358 U.S. 217 (1959). Available at: www.supreme.justia.com/cases/federal/us/358/217/case.html (дата обращения: 18.01.2018)

соглашений с индейскими поселениями конкретизируется их конституционно-правовой статус. Указанные общие признаки актуализируют вопрос о соотношении данных поселений с территориальными автономиями.

4. Конституционно-правовой статус индейских поселений и его преломление в призме института территориальной автономии

С формальных позиций индейские поселения Канады можно было бы отнести к территориальным автономиям политического типа⁴¹. Так, статус индейцев и их поселений определяется Индейским актом либо соглашением федерального правительства с индейскими группами. Индейцы имеют конституции, избирают советы, наделенные нормотворческими, представительными и иными полномочиями. Принимаемые акты должны соответствовать общегосударственным актам, департамент по делам индейцев и развитию Севера Канады обладает правом вето по отношению к отдельным принимаемым индейскими сообществами законам. Кроме того, индейцы обладают уникальной самобытностью, определяют режим проживания на территории соответствующих общин, в некоторых поселениях созданы судебные органы.

Компетенция Советов индейских общин уже провинциальной, но шире муниципальной. Более широкая компетенция провинций первоначально предопределяется тем, что их публичные органы власти вправе осуществлять наряду с федерацией регламентацию отдельных сторон жизнедеятельности индейских общин. Компетенция муниципалитетов варьируется в зависимости от провинции, поэтому сравнительный анализ в этом аспекте предполагает известную степень погрешности⁴².

⁴¹ *Андреева Г.Н.* Конституционное право зарубежных стран. М., 2009. С. 373; *Витрук Н.В.* Право, демократия и личность в конституционном измерении: (история, доктрина и практика). Избранные труды (1991–2012 гг.). М., 2012. С. 135; *Иванов В.В.* Вопросы теории государственного устройства // Журнал российского права. 2002. № 1. С. 94; *Лексин И.В.* Территориальная автономия в системе категорий государственного устройства // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 3. С. 60–61; *Мишин А.А.* Конституционное право зарубежных стран. М., 2009. С. 110; *Транин А.А.* Административно-территориальная организация капиталистического государства. М., 1984. С. 18; *Чиркин В.Е.* К вопросу о моделях власти в современном обществе // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 5. С. 3–7; *Он же.* Конституция в XXI веке: сравнительно-правовое исследование. М., 2011. С. 401; *Он же.* Конституционная терминология. М., 2013. С. 123; *Он же.* Публичная власть в современном обществе // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 4. С. 12–15; *Он же.* Сравнительное государственное устройство. М., 2011. С. 50.

⁴² В обобщенном виде сферу компетенции муниципальных образований составляют управление местными полицейскими и пожарными подразделениями, муниципальный транспорт, образование и финансирование школьных советов, планирование и развитие территорий, здравоохранение, культура, искусство, социальная поддержка, финансы и муниципальные налоги, парки и иные открытые для общественности места (рестораны, базы отдыха, торговые центры),

Сравнительный анализ компетенции индейских сообществ и муниципалитетов свидетельствует о наличии сходных черт по конкретным предметам правового регулирования (здравоохранение, культура, искусство, транспорт, предпринимательство и др.), что закономерно обусловливается универсальностью содержания локальных интересов. Вместе с тем правомочия по формированию судебных органов, особый налоговый режим индейских групп, общинные права на землю, возможность определения критериев квалификации членов сообществ и режима пребывания на территории поселений посторонних лиц являются неотъемлемыми признаками конституционно-правового статуса индейских сообществ, отличающими их от муниципальных образований. На этой основе возможно констатировать наличие у индейских сообществ содержательно расширенной компетенции относительно муниципалитетов.

В системном единстве указанные признаки свидетельствуют о присущих индейским поселениям признаках территориальной автономии. Между тем, даже при наличии данных тождеств, индейские поселения в полной мере территориальными автономиями не являются. В этом плане справедливо мнение Т.Я. Хабриевой, что «резервации коренного населения не являются территориальными автономиями, а занимают особое положение в классификации форм самоопределения народов»⁴³. Однако автор не обосновывает своего вывода.

С нашей точки зрения, для квалификации любых внутригосударственных образований в качестве территориальных автономий необходимо применять следующие критерии: 1) объективно присущая идентичность (национально-этническая, культурная, религиозная, географическая); 2) фиксация расширенной содержательно разноплановой компетенции относительно иных внутригосударственных образований по осуществлению самоуправления, позволяющей конфигурировать обособленный правовой порядок; 3) персонификация гарантий конституционно-правового статуса по его реализации, охране и защите; 4) наличие финансовых и иных ресурсов для реализации полномочий в отношении предусмотренных предметов ведения.

водоснабжение, водоотведение, животный мир, телефонизация, электрификация, газоснабжение, предпринимательство. См.: ст. 5, 232 муниципального акта Манитобы. The Municipal Act of Manitoba. Available at: www.web2.gov.mb.ca/laws/statutes/ccsm/m225e.php (дата обращения: 01.02.2018); ст. 1, 11 Муниципального акта Онтарио. Municipal Act of Ontario. Available at: www.ontario.ca/laws/statute/01m25#BK16 (дата обращения: 01.02.2018); Local Government National Reports. Available at: www.regional.gov.au/local/publications/reports/index.aspx (дата обращения: 01.02.2018). См. также: Ларичев А.А. Правовое регулирование и организация местного самоуправления: опыт Канады и его применимость в российских условиях. М., 2017. С. 215–216.

⁴³ Хабриева Т.Я. Современные проблемы самоопределения этносов: сравнительно-правовое исследование. М., 2010. С. 179.

При одновременной принадлежности внутригосударственному образованию данных признаков его правомерно рассматривать в качестве полноценной территориальной автономии. В отсутствие одного или нескольких признаков, следует констатировать ограниченность автономии либо ее отсутствие. Так, декларированная содержательно расширенная компетенция индейских сообществ по отношению к муниципалитетам нивелируются отсутствием возможности конфигурировать собственный правовой порядок, недостаточными гарантиями конституционно-правового статуса и дефицитом финансовых и иных ресурсов.

К. Лэднер выделяет следующие сходства и отличия индейских общин и муниципалитетов, отражающие правомочия по формированию собственных правопорядков и гарантии конституционно-правового статуса: «муниципальные правительства находятся в состоянии субординации, так как не обладают автономией в рамках собственной сферы юрисдикции. Советы индейских групп и муниципалитетов не имеют полномочий по формированию доходов на основе налогообложения. В результате они не способны функционировать в качестве органов управления и участвовать в администрировании и оказании услуг без ресурсов, выделяемых федерацией и провинциями. Муниципалитеты и индейские сообщества стеснены в правомочиях по созданию, толкованию и обеспечению действия законов в границах собственной территории. Это обуславливается тем, что полномочия индейских групп и муниципалитетов являются делегированными и принадлежат им на основе положений канадской Конституции и принимаемых в соответствии с ней актами»⁴⁴.

«Вместе с тем, — пишет К. Лэднер, — советы индейских групп уступают советам муниципалитетов в силу того, что муниципальные правительства не являются объектом повседневного управления со стороны провинций. В свою очередь советы индейских групп представляют собой объект непрерывной реализации полномочий федерального правительства и нарастающей сферы влияния провинций»⁴⁵. Департамент по делам индейцев и развитию Севера Канады оказывает постоянное влияние и вмешивается в управление советами. Данный орган федерального правительства может контролировать любые средства общины, осуществлять администрирование и предъявлять требования об отчетности, пересматривать результаты выборов, управлять в качестве третьей стороны (*third party management*),

⁴⁴ *Ladner K. Indigenous Governance: Questioning the Status and the Possibilities for Reconciliation with Canada's Commitment to Aboriginal and Treaty Rights. Research Paper for the National Centre for First Nations Governance. 2006. P. 11. Available at: www.fngovernance.org/ncfng_research/kiera_ladner.pdf (дата обращения: 09.02.2018)*

⁴⁵ *Ibid.* P. 11.

принимать законы в рамках статей 73, 82 Индейского акта»⁴⁶. На этой основе следует сделать вывод, что индейские сообщества не имеют полномочий самостоятельно формировать и трансформировать собственный правовой порядок. При этом конкретизирующие конституционно-правовой статус индейских общин соглашения и принятые на их основе конституции, призванные гарантировать право самоуправления, далеко не всегда достигают этой цели.

В литературе отмечается, что с принятием федеральным правительством Акта об индейцах кри и наскапи была создана новая, отличающаяся от Индейского акта конфигурация института местного самоуправления данных наций. При этом новый режим самоуправления существенно не отличается от логики, лежащей в основе Индейского акта. Индейцам было дано несколько больше полномочий в принятии местных законов, а их административные решения перестали быть объектом министерского вето. Однако «данные сообщества по-прежнему рассматриваются в качестве креатур федерального Правительства, которые в значительной степени зависят от финансирования федерации и ограничены в возможности проведения политики, отличающейся от провинциальной»⁴⁷. Аналогичные доводы указанный автор относит к первым нациям Юкона и индейцам нишга⁴⁸.

В этом аспекте заслуживает также внимания тот факт, что возможность реализации индейскими группами предоставленных полномочий осложняется применением в отношении них актов федерального и регионального уровней, которые нередко противоречат друг другу. П. Хогг обоснованно подчеркивает объективный характер трудностей при разграничения федеральной или региональной компетенции. Он подчеркивает, что «вопросы общенационального значения должны выходить за пределы интересов провинции или касаться всей Канады. Но при применении данного подхода возникают сомнения в правомерности применения унифицированного подхода правового регулирования в условиях федеративной модели государственного устройства Канады»⁴⁹.

Особого внимания заслуживает тот факт, что реализация индейскими сообществами полномочий осложняется дефицитом финансовых и иных ресурсов. А.А. Ларичев напоминает, что «автономия индейских групп в решении местных вопросов подрывается в реальности тем фактом, что у групп отсутствуют либо присутствуют в незначительном количестве собственные

⁴⁶ *Ladner K.* Op. cit. P. 12.

⁴⁷ *Canadian Politics / Ed. by J. Bickerton.* Toronto, 2009. P. 189–190.

⁴⁸ *Ibid.* P. 189–190.

⁴⁹ *Hogg P.* Op cit. P. 429.

доходы»⁵⁰. Т.Я.Хабриева также подчеркивает, что «финансирование общины, как правило, осуществляется из федерального бюджета, да и сами общины и их многочисленные объединения обращаются со своими проблемами прежде всего к федеральным государственным органам»⁵¹.

Дефицит самостоятельных финансовых ресурсов предполагает подчиненность центральным властям, что, в свою очередь, негативно сказывается на режиме осуществления принадлежащей компетенции, способствуя выхолащиванию роли и значения индейских групп в конфигурировании собственного правового порядка. Масштабы самоуправления должны быть прямо пропорциональны объему и содержанию компетенции. В обычных условиях при наличии финансово-экономического потенциала расширение пространства самоуправления способствует процветанию территории. К. Фрэнкс пишет, что «аборигенное самоуправление состоятельно в риторике и философии, но в значительной степени отсутствует при проведении тщательного анализа специфики и конкретных предложений»⁵².

Анализ позволяет сделать вывод, что индейские поселения можно квалифицировать в качестве территорий с признаками ограниченной автономии. Прежде всего, это предопределяется отсутствием собственных ресурсов и гарантий самостоятельности. В таких условиях принадлежащие общинам полномочия могут быть реализованы самостоятельно только партикулярно. Соответственно, режим самоуправления индейских сообществ Канады является усеченным, что обуславливается позициями федерального и провинциальных органов публичной власти.

В качестве возможного инструмента оптимизации конституционно-правового статуса индейских сообществ можно было бы использовать институт территориальной автономии, поскольку именно он при правильном применении позволяет обеспечить персонифицированный учет разнообразия социальных сообществ и процветание территорий с одновременной ликвидацией различных проявлений стагнации. Первостепенным условием оптимизации статуса индейских поселений выглядит их конституционализация в качестве самостоятельных внутригосударственных территориальных образований. В данном контексте речь идет о закреплении в Конституции Канады индейского поселения как самостоятельного элемента структуры государственно-территориального устройства Канады.

⁵⁰ Ларичев А.А. Указ. соч. С. 32–33. См. также: *van den Burg G. The Absence of Democracy in Aboriginal Self-Governance Policy // Federal Governance. 2009. No. 1. Available at: www.ojs.library.queensu.ca/index.php/fedgov/article/view/4395 (дата обращения: 09.02.2018)*

⁵¹ Хабриева Т.Я. Указ. соч. С. 219–220.

⁵² *Franks C. Indian policy: Canada and the United States compared. 1992. Working Paper 92-9. Available at: www.escholarship.org/uc/item/3qw01688 (дата обращения: 09.02.2018)*

Обоснованно было бы зафиксировать в Конституции в качестве принципа самоуправление индейских общин, чтобы на отчетливой основе формировать концепции его материализации. Целесообразно, насколько возможно, разграничить компетенцию регулирования статуса индейцев между федерацией и провинциями с целью исключения рисков коллизий.

Как показала практика, институт выборов не является привлекательным для индейских групп в силу его диссонанса со обычаями и традициями, а также объективной невозможности без соответствующего инструментария решить наиболее важные для индейцев социально-экономические проблемы. В связи с этим обоснованным выглядит совершенствование порядка формирования и деятельности Советов индейских групп путем имплементации таких качеств как транспарентность, подконтрольность руководящих лиц сообществу, закрепление широких возможностей участия в формировании органов самоуправления и в его работе⁵³.

Ресурсная основа (финансовая, организационная) должна быть соразмерна с компетенцией и базироваться на персонифицированных текущих и перспективных планах развития территорий.

Указанные предложения могли бы способствовать оптимизации самоуправления индейских сообществ, обеспечению их самодостаточности в качестве самостоятельных элементов государственно-территориального устройства Канады. Кроме того, такое решение может способствовать активизации социальной роли членов индейских общин в содействии процветания собственных поселений и ликвидации тенденций к стагнации.



Библиография

Андреев К.Ю. Правовой статус коренных малочисленных народов в зарубежных странах. М.: ИНИОН РАН, 2006. 144 с.

Андреева Г.Н. Конституционное право зарубежных стран. М.: Норма, 2009. 512 с.

Иванов В.В. Вопросы теории государственного устройства // Журнал российского права. 2002. № 1. С. 91–100.

Ларичев А.А. Правовое регулирование и организация местного самоуправления: опыт Канады и его применимость в российских условиях. М.: Проспект, 2017. 336 с.

Ларичев А.А. Самоуправление коренных народов в Канаде: концептуальные подходы и динамика правовой базы // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. 2016. Том. 16. Вып. 1. С. 135–149.

Лексин И.В. Территориальная автономия в системе категорий государственного устройства // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 3. С. 56–61.

Правовые основы обеспечения прав коренных народов Канады и России / под ред. А.Ф. Малого, С.В. Бухмина. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2017. 160 с.

⁵³ Имеется в виду отмена избирательного залога.

Чиркин В.Е. Конституционная терминология. М.: Норма, 2013. 272 с.

Чиркин В.Е. Юридическое лицо публичного права. М.: Норма, 2007. 352 с.

Burg van den G. Absence of Democracy in Aboriginal Self-Governance Policy // Federal Governance. 2009. No. 1 [Электронный ресурс]: <http://www.ojs.library.queensu.ca/index.php/fedgov/article/view/4395> (дата обращения: 09.02.2018).

Hogg P. Constitutional Law of Canada. Toronto: *Carswell*, 2007. 1261 p.

Koates K. The Indian Act and the Future of Aboriginal Governance in Canada. Toronto: National Centre for First Nations Governance. 2008 [Электронный ресурс]: <http://portal.publicpolicy.utoronto.ca/en/ContentMap/AboriginalAffairsCanada/> (дата обращения: 08.02.2018)

Quesnel J. Custom Election Codes for First Nations: A Double-Edged Sword. 2017 [Электронный ресурс]: <http://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/custom-election-codes-for-first-nations.pdf> (дата обращения: 08.02.2018)

Schulze D. Comparative Governance Structures among Aboriginal Peoples in Canada. 2008. [Электронный ресурс]: http://www.scow-archive.libraries.coop/library/documents/Comparative_Governance.pdf (дата обращения: 08.02.2018)

Teillet J. Metis Law in Canada. 2011 [Электронный ресурс]: <http://www.pstlaw.ca/resources> (дата обращения: 08.02.2018)

Constitutional Status of Canadian Indians and their Settlements (in the Context of Territorial Autonomy)



Igor Irkhin

Associate Professor, Faculty of Law, Southern Federal University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 88 Maxim Gorky St., Rostov 344002, Russian Federation. E-mail: dissertacia@yandex.ru



Abstract

In this article based on the use of the comparative legal research method (internal and external) the constitutional legal nature and the inherent features of the status of Canadian Indians and their settlements are studied. On the basis of the historical-legal method, the genesis of the institutionalization of legal status of the Indians in the context of the implementation in Canada of trends and forms of equating them is studied. The dialectical method is involved in identifying identities and contradictions between constitutional-legal approaches to regulating the status of Indians among themselves, as well as settlements in relation to the provinces and municipalities of Canada, the concept of territorial autonomy. The relevance of the topic is determined by the feasibility of studying the Canadian experience for its possible consideration in the legal regulation of the status of the indigenous peoples of Russia. The novelty of study is predetermined by a certain lack of relevant materials in Russian legal science on constitutional-legal problems of regulating the statuses of Indian, Indian settlements. In addition, for the first time, the constitutional-legal status of Indian settlements was analyzed from the perspective of the concept of territorial autonomy. According to the results of this work, the author substantiates the principle expediency of consolidating the status of indigenous peoples in the form of a self-government regime in the national constitution, within the framework and on the basis of which an adaptive regulatory and legal system could later be developed more productively. With regard to Canadian statehood, it should

be noted the regulation of the constitutional and legal status of Indians is carried out not only by federal law and agreements between the federal government and the Indian communities, but also by provincial legislation and acts of Indian groups, which often cause conflicts. Attention is drawn to the more successful experience of the institutionalization of the judicial authorities of the American Indian community. The criteria for determining territorial autonomy formulated in the scientific literature are analyzed. It is noted that with the formal application of these criteria to the constitutional- legal statuses of Indian settlements in Canada, one could state their belonging to territorial autonomies of a political type. At the same time, this approach does not quite accurately reflect the institutional correlation of Indian settlements and territorial autonomies. The author puts forward his own version of identification of intra-state entities as territorial autonomies, on the basis of which it is stated that Indian settlements can be qualified as territories with signs of limited autonomy. Such a conclusion is due to the lack of resources for the implementation of their powers, guarantees of independence and non-intervention of the federal authorities. As a possible conceptual tool for improving the constitutional- legal status of Indian settlements, the rationality of using the institution of territorial autonomy is emphasized.



Keywords

Canada, Constitution, Indians, competence, guarantees, independence, financial resources, province, municipalities, territorial autonomy.

Citation: Irkhin I.V. (2008) Constitutional Status of Canadian Indians and their Settlements (in the Context of Territorial Autonomy). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 354–376 (n Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.4.354.376



References

Andreev K.U. (2006) *Pravovoj status korennyh malochislennyh narodov v zarubezhnyh stranah: spravochnik* [Legal status of small aboriginal peoples in foreign countries: a handbook]. Moscow: INION, 144 p.

Andreeva G.N. (2009) *Konstitutsionnoe pravo zarubezhnykh stran* [Constitutional Law in Foreign Countries]. Moscow: Norma. 512 p.

Burg van den G. (2009) The Absence of Democracy in Aboriginal Self-Governance Policy *Federal Governance*, no 1, pp. 1–31. Available at: www.ojs.library.queensu.ca/index.php/fedgov/article/view/4395 (accessed: 09.02.2018)

Chirkin V.E. (2013) *Konstitucionnaya terminologiya* [Constitutional terminology]. Moscow: Norma, 272 p.

Chirkin V.E. (2007) *Yuridicheskoe litso publichnogo prava* [Legal entity of public law]. Moscow: Norma, 352 p.

Hogg P. (2000) *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Gage, 1261 p.

Ivanov V.V. (2002) Voprosy teorii gosudarstvennogo ustrojstva [Issues of the theory of state organization]. *Zhurnal rossijskogo prava*, no 5, pp. 91–100.

Koates K. (2008) *The Indian Act and the Future of Aboriginal Governance in Canada*. Toronto: National Centre for First Nations Governance, 32 p.

Ladner K. (2006) *Indigenous Governance: Questioning the Status and the Possibilities for Reconciliation with Canada's Commitment to Aboriginal and Treaty Rights*. Research Paper. Available at: http://www.fngovernance.org/ncfng_research/kiera_ladner.pdf (accessed: 09.02.2018)

Larichev A.A. (2017) *Pravovoe regulirovanie i organizaciya mestnogo samoupravleniya: opyt Kanady i ego primenimost' v rossijskih usloviyah* [Legal regulation and organization of local self-government: experience of Canada and its applicability in Russia]. Moscow: Prospect, 336 p.

Larichev A.A. (2016) Samoupravlenie korennyh narodov v Kanade: konceptual'nye podhody i dinamika pravovoj bazy [Indigenous Self-Governance in Canada: Conceptual Approaches and the Dynamics of the Legal Framework]. *Nauchnyj ezhegodnik Instituta filosofii i prava Ural'skogo otdeleniya Rossijskoj akademii nauk*, vol. 16, pp. 135–149.

Leksin I.V. (2013) Territorial'naya avtonomiya v sisteme kategorij gosudarstvennogo ustrojstva [Territorial autonomy in the system of categories of organization of states]. *Konstitucionnoe i municipal'noe pravo*, no 3, pp. 56–61.

Pravovye osnovy obespecheniya prav korennyh narodov Kanady i Rossii (2017) A.F. Malyj, S.V. Bukhmin (eds.) [Legal basis of the rights of aboriginal peoples in Canada and Russia]. Kazan: University, 160 p.

Quesnel J. (2017) *Custom Election Codes for First Nations: A Double-Edged Sword*. Available at: <http://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/custom-election-codes-for-first-nations.pdf> (accessed: 08.02.2018)

Schulze D (2008). *Comparative Governance Structures among Aboriginal Peoples in Canada*. Available at: www.scow-archive.libraries.coop/library/documents/Comparative_Governance.pdf(accessed: 08.02.2018)

Teillet J. (2011) *Metis Law in Canada*. Available at: <http://www.pstlaw.ca/resources> (accessed: 08.02.2018)

1/2018

Legal Thought: History and Modernity

A.V. Malko, Y.V. Gaivoronskaya

Doctrinal Acts as the Main Instrument of Legal Policy 4

D.A. Saveliev

On Creating and Using Text of the Russian Federation Corpus of Legal Acts as an Open Dataset..... 26

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

O.V. Gutnikov

Subsidiary Liability in the Legislation on Legal Entities: Issues of Legal Regulation
and Legal Nature..... 45

O.I. Karpenko, O.Yu. Pavlovskaya

Targeted Social Aid: History, Modernity, Perspectives..... 78

S.V. Zykov

Joint Physical Custody or Determining Place of Residence of the Child on a Parity Basis? 92

S.A. Markuntsov

Genesis of Approaches to Legal and Doctrinal Definition of Criminal Offense 112

T.A. Nuzhdin

Complex Reorganization of Legal Entities..... 133

I.V. Panova, V.M. Erokhin

On the State Regulation of Alcohol Market 158

Law in the Modern World

N.S. Krylova

Public Finance: Process of Constitutionalization and Internationalization 175

M.V. Majorina

Private International Law in Context of Globalization: from Privatization to Fragmentation 193

A.S. Ispolinov

Dissenting Opinions at International Courts: Doctrine and Practice..... 218

E.V. Postnikova

Aspects of Legal Regulation of Protecting Personal Data in the EU Internal Market 234

Правовая мысль: история и современность

А.В. Малько, Я.В. Гайворонская

Доктринальные акты как основной инструмент правовой политики 4

Д.А. Савельев

О создании и перспективах использования корпуса текстов российских правовых актов
как набора открытых данных 26

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

О.В. Гутников

Субсидиарная ответственность в законодательстве о юридических лицах:
вопросы правового регулирования и юридическая природа 45

О.И. Карпенко, О.Ю. Павловская

Адресная социальная помощь: история, современность, перспективы 78

С.В. Зыков

Совместная физическая опека или определение места жительства ребенка
на паритетной основе? 92

С.А. Маркунцов

Генезис подходов к легальному и доктринальному определению уголовного проступка 112

Т.А. Нуждин

Комбинированная реорганизация юридических лиц 133

И.В. Панова, В.М. Ерохин

К вопросу о государственном регулировании алкогольного рынка 158

Право в современном мире

Н.С. Крылова

Публичные (государственные) финансы: особенности процесса конституционализации в
эпоху глобализации 175

М.В. Мажорина

Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления
к фрагментации 193

А.С. Исполинов

Особые мнения в международных судах: доктрина и практика 218

Е.В. Постникова

Некоторые аспекты правового регулирования защиты персональных данных
в рамках внутреннего рынка Европейского союза 234

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Л.А. Новоселова, О.С. Гринь

Эффективность правовой охраны объектов интеллектуальных прав:
административные барьеры 4

С.А. Сеницын

Частные и публичные сервитуты в российском и зарубежном праве 26

Н.А. Поветкина, Ю.В. Леднева

«Финтех» и «регтех»: границы правового регулирования 46

А.С. Шаталов

Феноменология преступлений, совершенных с использованием современных
информационных технологий 68

И.И. Нагорная

Обеспечение прав и законных интересов несовершеннолетних средствами
уголовного закона 84

А.А. Савичев

Модели правового регулирования городского самоуправления в России
в середине XIX — начале XX вв. 103

Право в современном мире

Ю.С. Ромашев

Признание практики в качестве правовой нормы (opinio juris) при формировании
международного обычая 124

А.А. Каширкина, А.Н. Морозов

Европейский опыт продвижения гуманитарных ценностей для развития евразийской
интеграции: будущие ориентиры 149

А.А. Трефилов

Система принципов в уголовном процессе Швейцарии 170

Н.Ю. Ерпылева, И.В. Гетьман-Павлова

Новеллы в международном частном праве Аргентины 193

З.Ч. Чикеева, А.Ш. Маралбаева

Развитие правовой системы Кыргызской Республики на современном этапе 216

Дискуссионный клуб

А.А. Ливеровский

Развитие понятийного аппарата конституционного права 229

Рецензии

И.Г. Шаблинский

Развитие избирательных систем: исторический контекст 248

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

L.A. Novoselova, O.S. Grin'

Efficiency of Legal Protection for Intellectual Property Rights: Administrative Barriers 4

S.A. Sinitsyn

Private and Public Easements in Russian and Foreign Law 26

N.A. Povetkina, Y.V. Ledneva

Fintekh and Redtekh: Boundaries of Legal Regulation 46

A.S. Shatalov

Phenomenology of the Computer-Oriented Crimes..... 68

I.I. Nagornaya

Ensuring Rights and Legitimate Interests of Minors by Means of Criminal Law 84

A.A. Savichev

Models of Legal Regulating Urban Self-Government in Russia in the Middle of 19th Century
and Early 20th Century 103

Law in the Modern World

Yu.S. Romashev

Acceptance of Practice as Legal Norm (opinio juris) in the Formation of International Custom 124

A.A. Kashirkina, A.N. Morozov

European Experience of Promoting Humanitarian Values for Developing Eurasian Integration:
Future Guidelines 149

A.A. Trefilov

System of Principles in the Swiss Criminal Process 170

N.Yu. Erpyleva, I.V. Getman-Pavlova

Novelties of Conflict Regulation in Private International Law of Argentina 193

Z.Ch. Chikeeva, A.Sh. Maralbaeva

Current Development of the Legal System of the Kyrgyz Republic 216

Discussion Club

A.A. Liverovskii

Development of Constitutional Law Conceptual Framework 229

Book Review

I.G. Shablinsky

Development of Electoral Systems: Historical Context..... 248

Правовая мысль: история и современность

О.А. Степанов

О проблеме конкретизации права в условиях цифровизации общественной практики 4

М.В. Антонов

Нормативность и фактичность в защите религиозных свобод 24

Л.Р. Сюкияйнен

Общие принципы фикха как отражение юридических особенностей исламского права 50

A. Manasyan

The Idea of Constitutional Identity in the Modern Constitutional Thought 81

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

D.L. Komyagin

Charity in Russia: from Alms to “Tax For the Poor” and Back 99

Ю.В. Трунцевский, И.В. Осипов

Законодательное закрепление количественных параметров стоимостных критериев
преступлений в сфере экономической деятельности: закономерности
и методика подсчета 122

Л.А. Чиканова, Л.В. Серегина

Правовая защита граждан от безработицы в условиях информационных технологических
новаций в сфере труда и занятости 149

Право в современном мире

Г.Г. Шинкарецкая

Евразийский экономический союз и некоторые вопросы правопреемства
международных организаций 172

Л.В. Терентьева

Общеправовая презумпция *jura novit curia* и отраслевая презумпция *jura aliena novit curia*
международного гражданского процесса 195

B. Stražišar

Alternative Dispute Resolution 214

Д.Э. Дамиров

Проблема конфликта налоговой квалификации и ее решение на основе Модельной
налоговой конвенции ООН 234

Legal Thought: History and Modernity

O.A. Stepanov

On Concretization of Law in Conditions of Digitalization of Public Practice 4

M.V. Antonov

Normativity and Facticity in Protection of Religious Freedom 24

L.R. Syukiyaynen

General Principles of Fiqh as Reflection of Juridical Features of Islamic Law 50

A. Manasyan

The Idea of Constitutional Identity in the Modern Constitutional Thought (in English)81

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

D.L. Komyagin

Charity in Russia: from Alms to “Tax For the Poor” and Back (in English) 99

Yu.V. Truntsevskiy, I.V. Osipov

Consolidation in the Law of Quantitative Parameters Cost Criteria of Crimes in Sphere
of Economic Activity: Regularities and Calculation Methods..... 122

L.A. Chikanova, L.V. Seregina

Legal Protection of Citizens against Unemployment in Context of Information Technology
Innovations in the Field of Labor and Employment 149

Law in the Modern World

G.G. Shinkaretskaya

Eurasian Economic Union and Issues of International Organizations Succession 172

L.V. Terentieva

Common Law Presumption *Jura Novit Curia* and Branch Presumption *Jura Aliena Novit Curia*
in International Civil Process..... 195

B. Stražišar

Alternative Dispute Resolution (in English)..... 214

J.E. Damirov

Issue of Tax Conflict Qualification and its Solution Based on UN Model Tax Convention 234

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 7.32-2017 «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 7.32-2017.

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.