

# Право

## Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

## Редакционный совет

Дж. Айани (Туринский университет, Италия)  
Ю. Базедов (Институт Макса Планка, Федеративная Республика Германия)  
А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)  
Г.А. Гаджиев (Конституционный Суд Российской Федерации)  
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. Сивицкий (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) 220-99-87  
<http://law-journal.hse.ru>  
e-mail: lawjournal@hse.ru

## Адрес издателя

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

© НИУ ВШЭ, 2017

## ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

# 4/2017



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

### Правовая мысль: история и современность

#### Ю.А. Тихомиров

Правовое пространство: равновесие и отклонения ..... 4

#### В.Е. Чиркин

Глобальные правовые системы, правовые семьи и их классификация ..... 18

#### G.A. Gadzhiev

Economic Analysis of Law as Implementation of Petrazhycki's Project for Externalist Theory of Legal Policy ..... 31

#### A.A. Vishnevskiy

Sources of Law in a Religious Legal System: Common Paradigm Behind External Differences ..... 45

#### V. Verenich

The Gaps in Legal Systems: A Deontic Assessment ..... 59

### Российское право: состояние, перспективы, комментарии

#### A.N. Kozyrin

Forms of Systematization of Tax Legislation ..... 73

#### О.А. Степанов, Д.А. Печегин

Защита национальной экономики: современные проблемы валютного регулирования ..... 83

#### А.О. Иншакова, А.И. Гончаров

Ценные бумаги как предмет финансово-экономического интереса и объект гражданско-правовых отношений ..... 97

#### А.И. Шукин

Предъявление встречного иска к международной межправительственной организации при рассмотрении гражданских дел ..... 111

#### Д.В. Пятков

Перспективы вещного права: публичная собственность и единое право собственности ..... 128

#### Л.К. Терещенко

Публичная власть в Интернете ..... 144

#### Я.А. Коновальчиков

Перспективы судебного обжалования отказа в регистрации списка кандидатов непарламентских политических партий ..... 158

#### В.В. Круглов

Проблемы и перспективы кодификации спортивного законодательства России ..... 165

### Право в современном мире

#### К.Л. Сазонова

«Гибридная война»: международно-правовое измерение ..... 177

#### А.А. Чукреев

Доктрина фрустрации в английском договорном праве ..... 188

#### И.В. Михеева, А.С. Логинова

Перспективы развития законодательства о защите прав потребителей в торговом обслуживании в России и Китае ..... 201

#### М. Штебер

Значение основополагающих прав человека для налогового права Германии ..... 216

# Law

## JOURNAL

### OF THE HIGHER SCHOOL

### OF ECONOMICS

#### Publisher

National Research  
University Higher School  
of Economics



#### ISSUED QUARTERLY

#### Editorial Council

G. Ajani (University of Torino,  
Italy)  
J. Basedow (Max-Planck Institute,  
Federal Republic of Germany)  
A.A. Ivanov (HSE,  
Russian Federation)  
G.A. Gadzhiev (Constitutional  
Court of Russian Federation)  
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 Triokhsviatitelsky 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

- Yu.A. Tikhomirov**  
Legal Space: Balance and Deviations ..... 4
- V.E. Chirkin**  
Global Legal Systems, Legal Families and their Classification ..... 18
- G.A. Gadzhiev**  
Economic Analysis of Law as Implementation of Petrazhycki's Project  
for Externalist Theory of Legal Policy (in English) ..... 31
- A.A. Vishnevskiy**  
Sources of Law in a Religious Legal System: Common Paradigm Behind  
External Differences (in English) ..... 45
- V. Verenich**  
The Gaps in Legal Systems: A Deontic Assessment (in English) ..... 59

#### Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

- A.N. Kozyrin**  
Forms of Systematization of Tax Legislation (in English) ..... 73
- O.A. Stepanov, D.A. Pechegin**  
Protecting National Economy: Modern Issues of Currency Regulation ..... 83
- A.O. Inshakova, A.I. Goncharov**  
Securities as a Subject of Financial and Economic Interest and Object  
of Civil Law Relations ..... 97
- A.I. Shchukin**  
Submission of a Counterclaim to an International Intergovernmental Body  
in Civil Cases ..... 111
- D.V. Pyatkov**  
Prospects of Real Rights: Public Property vs. Unified Property Right ..... 128
- L.K. Tereshchenko**  
Public Power on the Internet ..... 144
- Ya.A. Konvalchikov**  
Prospects for Judicial Review of Refusal to Register Candidate Lists  
of Non-Parliamentary Parties ..... 158
- V.V. Kruglov**  
Issues and Prospects for the Codification of Sports Legislation  
of the Russian Federation ..... 165

#### Law in the Modern World

- K.L. Sazonova**  
Hybrid Warfare: International Law Dimension ..... 177
- A.A. Chukreyev**  
The Doctrine of Frustration in English Contract Law ..... 188
- I.V. Mikheeva, A.S. Loginova**  
Perspectives of Developing Consumer Rights Protection in Legislation  
on Trading Service in Russia and China ..... 201
- M. Stöber**  
The Significance of Fundamental Human Rights for German Tax Law ..... 216

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

**The objectives of the journal include:**

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

**The following key issues are addressed:**

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

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

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

# Правовое пространство: равновесие и отклонения



**Ю.А. Тихомиров**

профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, директор Института правовых исследований Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: utikhomirov@hse.ru



## Аннотация

В современном мире происходят крупные изменения в системах и методах правового регулирования. Право не утрачивает своей роли и становится еще более мощным механизмом регулирования и формирования новых состояний в обществе и государстве. Во многом это связано с использованием понятия «правовое пространство», которое позволяет отразить процессы глобализации и укрепления суверенитета государств. С его помощью появляется возможность анализа новых сфер правового регулирования с помощью разных правовых регуляторов и сохранения стабильности и гибкости правовых границ. В статье рассматриваются виды правовых пространств (экономические, информационные и др.) и возникающие при этом спорные вопросы. Раскрывается процесс разновекторного развития права, когда вместо одномерного развития имеет место влияние таких векторов, как подвижная сфера и объем правового регулирования, многоуровневость, институционализация и технизация, разрывы между правотворчеством и правоприменением. В фокусе многомерности находятся исходные корреляции между национальными международными актами, локализацией и саморегулированием. Нормативный поток сопровождается хаотическими правовыми явлениями, разрушающими правовое пространство. Это побуждает искать способы взаимного влияния национального и международного правопорядков, находить противодействие насилию и укреплять механизмы согласования. Миропорядок и основа права формируются в трудных условиях сотрудничества и противостояния разных социальных сил. Существуют разные позиции по поводу правового порядка и мирового порядка. По нашему мнению, национальный правовой порядок строится на основе конституционных принципов и отражает степень устойчивости конституционного строя, которая содержит как общечеловеческие ценности и верховенство права, так и национальные ценности и менталитет. При этом национальный порядок служит составной частью мирового правопорядка на основе: признания общечеловеческих ценностей; согласованного решения глобальных проблем (сотрудничество стран, сохранение климата, безопасность, общие ресурсы планеты, качество государственного управления, демократия, борьба с коррупцией); баланса интересов стран регионов, планеты и соответствующих правовых пространств; устойчивости институтов государств и международных институтов; мирного разрешения споров и конфликтов.



## Ключевые слова

право, правовое регулирование, правовые регуляторы, разновекторность, коллизии, многоуровневое регулирование, правовое пространство, правовые границы, миропорядок.

Библиографическое описание: Тихомиров Ю.А. Правовое пространство: равновесие и отклонения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 4–17.

JEL: K10; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.4.17

## Правовое и неправовое — где грани?

В теоретическом плане отечественные науки сравнительно недавно обратились к данной проблематике. До последнего времени лишь в международном праве были разработаны положения о правовых аспектах государственной территории, морского, воздушного и космического пространств. Государствоведы активно стали заниматься проблемами единого пространства в условиях федеративного государства. Другие отраслевые науки не привлекали внимание к проблемам правового пространства, замыкаясь в рамках отраслей законодательства и не видя связей с международными правовыми регуляторами и новыми подходами правового регулирования в условиях виртуальных пространств и использования новых информационных технологий и разных правовых регуляторов. «Загадки» информационного права стали возникать позднее. Право меняется...

Пожалуй, в нашей стране первым крупным исследованием в данной области стала монография сотрудников Института законодательства и сравнительного правоведения<sup>1</sup>. Правовое пространство получило системные характеристики в целом и применительно к разным сферам общества и особенно к динамике статуса человека и гражданина. Этому послужило освещение вопросов развития свобод человека в бизнесе, в сферах образования, науки и культуры, в социальных сетях. Шагом вперед стала также XII Международная школа-практикум молодых ученых-юристов «Композиция правового пространства: динамика обновления» в мае 2017 г. Были обсуждены вопросы о новых горизонтах правового регулирования и правовых границах, виртуальные валюты как пример инноваций, правовое пространство в сфере экономических отношений, «кочующие» правовые семьи, право на свободу передвижения.

В ходе исследований можно было убедиться в различном объеме правовых пространств, поскольку в мире существуют пространства «до-правовые» и «вне-правовые», недоступные для правового регулирования. И напомнить о забытой теме — места права среди других социальных норм. Ведь очевидна потребность регулирования внутри сферы государства и в международных отношениях. Наряду с правом действуют, во-первых, политические нормы, во-вторых, нравственные, в-третьих, религия, в-четвертых, нормы саморегулирования, в-пятых, технические нормы, в-шестых, нормы самообязательства. Все нормы так или иначе регулируют «земное», воздушное, морское и космическое пространства, плюс невидимые явления Вселенной. Право вступает в разные отношения с другими нормами — оно их признает, допускает, взаимодействует, использует, запрещает, противодействует, и эту динамику нужно исследовать.

Как же определить правовое пространство? Это признанная и регулируемая правом сфера жизнедеятельности людей, организаций и государств. Для правового пространства характерны следующие признаки: а) согласие субъектов права действовать в общих интересах; б) общие цели и задачи в регулируемой жизнедеятельности; в) принципы деятельности людей, организаций и государств; г) установленные стабильные и подвижные правовые грани; д) наличие механизмов обеспечения и защиты единого правового пространства.

Использование понятия «правовое пространство» позволяет глубже понять механизм правового регулирования и его многоуровневый характер. Привычное соотношение правовых актов внутри и вне страны не позволяет выявить многие способности правовых регуляторов и разнообразные социально-правовые статусы и роли людей, ор-

<sup>1</sup> Правовое пространство и человек. М., 2012. С. 18.

ганизаций и государств в различных правовых режимах. Здесь происходит пересечение регуляторов путем подвижного соотношения национальных, международно-правовых норм и иных социальных регуляторов.

Выделим следующие виды правовых пространств по объектам и формам регулирования: а) территориальные — внутри государств, включая федеративные и административные аспекты и экономические и иные регионы; б) экстерриториальные — виды особых правовых зон; в) информационное (виртуальное) пространство, формируемое на основе новых информационных технологий. Речь идет о новом юридико-информационной сфере жизнедеятельности и коммуникаций с новыми задачами и проблемами.

Во-первых, каковы объем и степень регулирования информационных отношений в Интернете, в социальных сетях. Тут много загадок<sup>2</sup>. Во-вторых, как совместить конституционное право граждан на получение информации и заинтересованность государства в защите от проникновения вредных идей, сведений и т.д. В-третьих, как добиться совмещения разных статусных ролей граждан и юридических лиц в традиционном и информационном режимах. В информационное пространство входят составным элементом в иные виды пространств: г) межтерриториальные и надтерриториальные пространства — на основе договоров и информационных связей; д) тематические — экономическое, образовательное, культурное и иные пространства, введенные внутри страны и с помощью актов межгосударственных объединений; е) нейтральные — зоны воздушного и морского пространств; ж) неохваченные — Арктика и ряд островов Океана; з) планетарий — освоение планет и космического пространства. Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела (1967; далее — Договор по космосу 1967 г.) установил, что эти планеты не могут быть собственностью отдельных государств, однако их освоение продолжается...

При всей условности предложений классификации становятся очевидными сложность и противоречивость регулируемых пространств, пересечений и коллизий. Субъекты права должны четко представлять себе «правовые паутины» и маршруты допускаемых движений. Однако практика свидетельствует о нормативной путанице и игнорировании регуляторов. Иллюстраций такой тенденции немало. Так, выход Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии из Европейского Союза повлек за собой трудные переговоры о новых английских стандартах, о правилах их использования и признания в ЕС, о регулировании статуса англичан на территории ЕС и европейцев в Соединенном Королевстве. Бизнес не хочет лишних барьеров в международной торговле. Другой аспект — выход Соединенного Королевства из ЕС обостряет вопрос о статусе Северной Ирландии и Шотландии и новых границах с Ирландией и ЕС. Кроме того, миграционный кризис в Европе побудил ряд государств ужесточать миграционные требования, возводить стены на границах и т.п. ЕС требует соблюдения квот расселения мигрантов и пытается вводить новые правила.

С понятием и видами правовых пространств органически связан вопрос об их границах. Ввиду разнообразия правовых пространств их границы условно разделить на несколько групп:

а) государственная граница, закрепляющая суверенитет государств и пределы его действия. В России принят Закон «О государственной границе Российской Федерации», устанавливающий режимы ее обеспечения и охраны, пересечения и т.д., и полномочия публичных органов, права и обязанности юридических лиц, граждан. Ответственность

<sup>2</sup> См.: Терещенко Л.Н., Стародубова О.Е. Загадки информационного права // Журнал российского права. 2017. № 7. С. 156.

за нарушение границы предусмотрена в административном и уголовном законодательствах. Существуют и внутрисубъектные границы между субъектами РФ и административными и муниципальными образованиями. Тут установлены более мягкие режимы территориальных границ деятельности органов, организаций и лиц;

б) международные границы регулируют режимы деятельности государств в морском пространстве (Конвенция ООН по морскому праву 1982 г.), воздушном пространстве (Воздушный кодекс РФ, международные соглашения о Луне и других планетах).

В случаях а) и б) четко фиксируются границы, за пределами которых находится нейтральное или нерегулируемое пространство;

в) спорные территории отражают действия государственных образований, созданных в результате референдумов или военных действий (Южная Осетия, Абхазия, Донецкая народная республика, Луганская народная республика). Конфликт возникает из-за коллизий национальных и международных норм о суверенитете народа, о территориальной целостности государства и др.;

г) границы «закрытых территорий» — анклавов, демфнациональные зоны и т.п.;

д) «договорные границы» определяют деятельность международных организаций и межгосударственных объединений как пределы их легальной компетенции и действия международных и интегративных правовых норм;

е) границы в космическом пространстве не установлены ввиду его неограниченности и неопределенности. Договор по космосу 1967 г. и другие международные акты вводят некоторые ограничения для государств, но не сдерживают их деятельность во Вселенной;

ж) виртуальные границы отражают новый тип развития коммуникаций в мире на основе информационных технологий, Интернета и социальных сетей. Тут возникают новые и трудные проблемы с очевидной открытостью границ причинами их соблюдения.

Формирование и поддержание правового пространства должно отличаться устойчивостью и равновесием. Речь идет о гармоничном сочетании разных уровней регулирования и соблюдения их границ, о правомерных действиях субъектов права на основе системного применения разных регуляторов, о своевременном предотвращении и устранении юридических коллизий. Стабильность национальных правопорядков служит гарантией устойчивости международных отношений, что исключает «гуманитарные интервенции» и прямое или «прикрытое» вмешательство в дела государств.

Равновесие в правовом пространстве нарушается, если политические и экономические интересы отдельных государств начинают преобладать в двусторонних и многосторонних отношениях, когда «ресурсная» целесообразность и стремление к доминированию преобладает в ущерб принципам отношений и договоренностей. Юридические коллизии перерастают в юридические и политико-экономические конфликты, и единое правовое пространство разрушается. Прямое разрушение США и их западными партнерами государственных институтов в Ираке, Ливии и других странах приводит к разрыву правовых пространств и хаосу и открывает дорогу насилию в любой форме.

Тематика правовых пространств нередко служит аргументом в пользу отказа от признания прочных государственных и иных границ. Римский клуб еще в 1960-х-1970-х годах обосновал перспективу постепенного исчезновения госграниц и формирования новых территориально-социальных образований. «Революция сознания» сближает индивидуумов, и государства и право должно отступить<sup>3</sup>. Ю. Хабермас и другие немецкие

<sup>3</sup> Римский клуб. Истоки создания, избранные доклады и выступления, официальные материалы. М., 1997. С. 7.

ученые доказывают ослабление государственных начал в условиях сетевого права и свободного общения. Различные векторы развития нужно оценивать системно, открывая простор коммуникации на основе суверенитета государств.

Традиционное понятие о границах и пределах деятельности субъектов права находило и находит выражение в известной формуле «действие закона во времени и пространстве». Пространство понимается как территория государства или территории под его юрисдикцией. Это понятно, поскольку одним из признаков государства является государственная территория и ее границы. Но с развитием связей между странами, организациями и людьми в условиях глобализации все чаще применяются понятия «правовое пространство» и «пространство в рамках межгосударственного образования» — экономическое и иное тематическое пространства. Тем самым расширяются сферы деятельности субъектов права и границы их юрисдикций, поскольку пространство уже не отождествляется с государственной территорией.

Понятие «правовое и иное пространство» часто используется в международно-правовых документах и особенно в актах межгосударственных объединений типа ЕС, СЕ, СНГ, ЕврАзЭС, а также в договорных объединениях типа БРИКС, ШОС и др. Так, Экономический совет СНГ 11.09.2015 принял решение «О деятельности электроэнергетического Совета Содружества Независимых Государств в 2011–2014 годах», в котором отмечалась его положительная деятельность в развитии взаимодействия в сфере электроэнергетического пространства. Аналогичная сфера деятельности закреплена за Межправительственным советом по сотрудничеству в строительной деятельности, в развитии рынка.

В законодательстве России и других государств используются понятия «правовое пространство», «экономическое пространство», «образовательное пространство», «культурное пространство». Так, ст. 3.1 Федерального закона от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», регламентирующая ответственность органов государственной власти субъектов федерации, гласит: «В случае принятия органами государственной власти субъектов Российской Федерации нормативных правовых актов, противоречащих Конституции Российской Федерации, федеральным конституционным законам и федеральным законам и повлекших за собой массовые и грубые нарушения прав и свобод человека и гражданина, угрозу единству и территориальной целостности Российской Федерации, национальной безопасности Российской Федерации и ее обороноспособности, единству правового и экономического пространства Российской Федерации, органы государственной власти субъектов Российской Федерации несут ответственность в соответствии с Конституцией Российской Федерации и настоящим Федеральным законом». Статья 74 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» включает термин «правовое пространство», когда речь идет об ответственности главы муниципального образования и главы местной администрации перед государством. Так, по п. 2 ч. 1 ст. 74 вышеупомянутого закона, «высшее должностное лицо субъекта Российской Федерации (руководитель высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) издает правовой акт об отрешении от должности главы муниципального образования или главы местной администрации в случае совершения указанным должностным лицом местного самоуправления действий, в том числе издания им правового акта, не носящего нормативного характера, влекущих нарушение прав и свобод человека и гражданина, угрозу единству

и территориальной целостности Российской Федерации, национальной безопасности Российской Федерации и ее обороноспособности, единству правового и экономического пространства Российской Федерации, нецелевое использование межбюджетных трансфертов, имеющих целевое назначение, бюджетных кредитов, нарушение условий предоставления межбюджетных трансфертов, бюджетных кредитов, полученных из других бюджетов бюджетной системы Российской Федерации, если это установлено соответствующим судом, а указанное должностное лицо не приняло в пределах своих полномочий мер по исполнению решения суда».

В последние годы в утвержденных указами Президента Российской Федерации стратегиях развития информационного общества, государственной политики регионального развития, цифровой экономики и др. предусмотрены правовые, организационные и технические средства формирования и обеспечения правового пространства в регулируемых сферах. Эти меры дополняются посредством сближения национальных законодательств, координации публичных органов и методов поощрения и ответственности за соблюдение единых параметров правового пространства.

## **Правовое развитие — разновекторность или сближение**

В оценке направлений развития национального и международного права наблюдается разнообразие. Но преобладает все-таки подход к развитию права в рамках такой традиционной тенденции, как сближение и своего рода единообразие. Процессы глобализации служат здесь бесспорным аргументом, а активное воздействие международно-правовых актов на национальное право и развитие сравнительного правоведения служат своего рода основными каналами отражения данной тенденции. Так ли это?

Действительно, устойчивое мнение об однолинейном развитии права по принципу «меньше/больше регулирования» служит доказательством аналогичной практики. Но реальные процессы порождают различные правовые взгляды и виды нормативного регулирования. Системный и многофакторный подход к правовой действительности позволяет обнаруживать разные направления правового развития — и совпадающие, и противоречивые, и даже форс-мажорные. Поэтому целесообразно ввести понятие «векторы правового развития», которые позволят находить более обоснованные пути развития, поддерживать позитивные тенденции и ограничивать негативные тенденции в правовой сфере.

Начнем с такого вектора, как влияние различных политических и научных теорий, правовых концепций на правотворчество и правоприменение, на правосознание и поведение. Данное явление явно недооценивается ввиду увлечения «текстовым правом», хотя противоборство идей, доктрин, концепций единой государственной власти и разделения властей, теорий публичного и частного права продолжает оставаться важным вектором. Отсюда и колебания практических курсов признания или недооценки роли государства, преобладания планирования или рыночных механизмов, приоритетов принципов самоопределения народов или территориальной целостности государств. Потеря социальной ориентации в 1990-х годах в России, снижение доверия и к европейским ценностям в начале XXI века служат сигналом к принятию решений.

Расширение, сужение или видоизменение сфер правового регулирования — таковы векторы развития в России и многих странах. Стало привычным рассматривать расширение сфер действия права как проявление прогрессивных тенденций, что и приводит к увеличению правовых массивов и возрастанию в них удельного веса социальных

норм и правил. С другой стороны, учет действия других социальных норм, а также механизмов экономического саморегулирования объясняет практику «нормативных излишеств», «административных барьеров». Но где мера правового регулирования? Какие критерии определяют меру стабильности и изменчивости правовых регуляторов?

Ключевой вектор отражает неумолимое увеличение объема и многоуровневость правового регулирования. Многоуровневость регулирования исследуется в других государствах. Такова книга датского профессора О Хассельбаха<sup>4</sup>, которая совсем не похожа на нашу манеру трактовки отраслей права. Там много системных характеристик страны, конституционных положений взаимодействия с партнерами, внешнерегулятивных норм. Следует упомянуть также книги К. Швобель в том числе «Тенденции конституционализма в глобальной перспективе». У нее совсем другая картина — вырастают международные правовые общности и мета-право, возникают и мета-институты (ООН, Евразийский экономический союз и так далее).

Другой подход обоснован в ее следующей книге — фантастическая концепция, что рушится все, связанное с регуляцией. На месте остатков парламентского, муниципального, судебного и даже международного права, возникает функциональное взаимодействие корпораций либо функциональных объединений: ВТО, МОТ, ВОЗ и т.д.

Принцип верховенства права обосновал расширение права в нашей стране и в других сферах. И в международных отношениях нарастающим потоком идет развитие норм. В Совете Европы в марте 2017 г. появилась интересная разработка — «контрольный список верховенства права». Европейцы пытаются проверять и изучать, как реализуется этот принцип. В Венецианской комиссии готовится схема конституционного мониторинга в Европе. Там 300 вопросов, разбитых на тематические блоки. Какой тут вектор? С одной стороны — расширение правовой регуляции. С другой стороны, опасение, что это не даст нужного эффекта. Здесь все-таки нужно улавливать разное движение. Мы легко берем на веру старые или новые постулаты и столь же легко их игнорируем.

При этом классическое право и прошлых веков, и XXI века легко отбрасывается теми источниками права, которые мы ранее недооценивали — это традиции, обычаи. Враждебная группа ИГИЛ (запрещенная по российскому законодательству) и ей подобные живут отнюдь не по правовым, а скорее по квазирелигиозным правилам. Но ведь это тоже регуляторы.

Вектор увеличения многослойной регулятивности возникает подчас стихийно. Многослойность, с одной стороны, выражает уровень власти и уровень социальной общности. С другой стороны, тот или иной уровень провисает либо давит, мешает реальным процессам и действиям.

Я выделяю также вектор конфликта норм международного и национального права. В ближайшие 50 лет — это столбовая дорога юридической мысли. Но согласование и сближение сопровождаются множеством конфликтов. Одним из них я бы назвал потерю звеньев «правовой цепи», взаимодействия права<sup>5</sup>. Международные структуры сейчас пытаются эти цепочки выстроить, ибо многослойность создает много лишних юридических коллизий. Чем плотнее сталкиваются правовые акты разных уровней, тем труднее их реализовать. Увеличивается объем коллизий. Здесь возникает то, что разра-

<sup>4</sup> См.: *Hasselbalch O. Labour Law: Denmark. Deventer, 2016. 312 p.*

<sup>5</sup> См. подробнее: *Влияние международного права на национальное законодательство. М., 2007. С. 289.*

ботчики называют расстановкой актов по их юридической силе, по нарастающей юридической силе или по убывающей юридической силе.

Устойчивый вектор связан с привычным сравнительным правоведением. Ученые-юристы как будто могут быть спокойны, потому что мы живем по классической схеме анализа Спинозы и Рене Давида. Правовая семейственность в анализе многое дает, но здесь есть вялость и информативность. Более 30 лет назад на стажировке в Германии я пытался понять природу турецкой общины под Кельном. Получив подтверждение моих догадок, я счел возможным сформулировать понятие — «кочующая правовая семья». Это национальная община мигрантов. Они живут по своим правовым традициям в имущественных, семейных и иных отношениях, соблюдая государственные правила страны проживания.

Появились новые субъекты и объекты правового регулирования, правового сравнения — межгосударственные объединения<sup>6</sup>, различные союзы, где формируются свои правовые системы. Таков Евразийский экономический союз, где есть «правовая система». Как это изучается, сопоставляется с интегративным содержанием международных норм? Возьмите сравнение норм под давлением такого интегратора, как международная норма, которая «подтягивает» все национальные регуляторы в этой сфере. И Евразийский союз, и ШОС, и БРИКС, и Совет Европы, и Европейский союз по-своему связывают страны-партнеры в регулируемом правовом пространстве. Нужно искать новые правовые решения посредством того, что дает сближение и расхождение позиций в области климата, энергетики, безопасности т.д.

Еще один вектор — меняющееся соотношение между правотворчеством и правоприменением, когда растущий поток правовых актов создает иллюзию реальных изменений правовых состояний и уровня законности в социально-экономических процессах. Между тем правоприменение требует механизма, в котором сочетаются нормативный, институциональный, поведенческий, ресурсный блоки. Без такого комплексного механизма трудно реализовывать цели с помощью взаимосвязанных действий и получать планируемые результаты.

Обратим внимание на вектор «норма или поведение», когда трактовка сугубо «текстового права» ведет к недооценке социальных механизмов действия права. Юридическая социология и юридическая психология оказались в стороне, поэтому отчуждение от права и сохранение правового нигилизма по-прежнему сдерживают формирование «правового человека». Ведь чем больше объем неправомерного поведения, тем меньше объем правомерного поведения.

Я выделяю вектор «норма или поведение», и тут поможет новое словообразование — правословие или правомыслие. Почему сейчас приходится применять резкое понятие «текстовое право»? Оно ведет к недооценке поведенческого фактора.

Правовые акты нужно принимать, без них невозможно действовать. Привожу иллюстрацию: сегодняшний КоАП РФ вырос в объеме. Новая редакция добавит новые составы, т.е. происходит дробление норм. Но теряется самое существенное: правовое сознание, правовая культура, культурологический срез правового регулирования. Где мотивация — личная, внесенная, сформированная под давлением? Это остается в стороне, и у нас почти нет серьезных исследований по вопросам динамики правосознания, правовой культуры, правовых традиций.

<sup>6</sup> См., напр.: Ландо Д.Д., Самарин В.И. Европейское публичное право. М., 2017. 208 с.; Глобализация и интеграционные процессы в Азиатско-Тихоокеанском регионе. М., 2015. 332 с.

Исследования показывают, насколько важен такой «невидимый вектор», как развитие права в среде других социальных норм. В действительности их влияние на стадии правотворчества и, особенно, на стадии правоприменения может менять правосознание и поведение личностей. Поэтому необходимо тщательно изучать способы соотношения права с другими регуляторами — сочетание, допущение, признание, ограничение, запреты. Виды норм порождают разные реакции. Без этого воздействие права на общественные процессы остается скорее внешне-формальным, чем эффективным.

Еще один вектор — в последнее десятилетие в стране и в мире наблюдается резкое увеличение масштабов институционализации<sup>7</sup>. Появляется много новых органов, структур, институтов и процедур на всех уровнях жизни и общества, и личности, и семьи, и профессионального сообщества, и национального, и государственного, и регионально-го. Сейчас эта проблема стоит на практике и в науке. Даже в рамках Евразийского союза очень трудно складываются взаимоотношения институтов с национальными органами. Об этом почти не говорится, но трения и споры чувствуются. В более широких масштабах действует много международных структур в каждой межгосударственной организации — в универсальной, региональной, отраслевой. Такая институционализация порождает много юридических коллизий и противоречий, поскольку каждая структура тянет за собой нормативный шлейф. Эту проблему юристы исследовали недостаточно. Какие отношения и взаимодействия у этих структур? Нужно глубоко исследовать, как национальные институты «встречаются» с международными, и наоборот.

И здесь происходят процессы, которые влияют на разновекторность правового развития. То государство выходит из союза, то страна пытается отделиться (Шотландия). В Италии давно действует движение «За Северную Италию», за создание «республики По». Налицо такой суб-вектор, как противоречивые интеграционные и дезинтеграционные процессы. С одной стороны, наблюдается укрепление связей государств в рамках союзов, межгосударственных объединений, саммитов и форумов. С другой, наблюдается стремление автономных субъектов государств получать статус самостоятельного государства (Абхазия, Приднестровье). В сентябре 2017 г. парламент Каталонии принял закон о референдуме, но правительство Испании обратилось в Конституционный суд с просьбой о признании незаконными действий «сепаратистов», которым угрожают уголовным преследованием. Меняется единое правовое пространство и его границы, и возникают новые правовые загадки.

В правовой сфере все отчетливее виден вектор ее технизации. Опыт правового обеспечения АСУ и ОГАС в 1970-х годах убеждает в перспективности данного вектора, означающего использование правовых способов информатизации на основе новейших технологий, программ правового обеспечения роботизации в стране, технических регламентов и стандартов. Общими проблемами являются процедуры принятия решений в «человеко-машинных системах», легализация электронного документооборота, информационно-правовые режимы деятельности субъектов права и их ответственность. Налицо возможности сужения сфер традиционных процедур и введения электроники. Импульсом служит утвержденная распоряжением Правительства России от 28.07.2017 программа «Цифровая экономика Российской Федерации».

Названные векторы правового развития отражают направления изменений в правовой сфере. Предстоит их оценить с учетом стратегических целей и конституционных принципов, поддерживать позитивные векторы в качестве устойчивых тенденций и

---

<sup>7</sup> См.: Государство в меняющемся мире. М., 2012. С. 56.

уменьшать действие отрицательных векторов; наконец, правильно определить корреляцию между целями, правовыми регуляторами и возможным воздействием на объекты для перевода их в новое состояние.

## Миропорядок или правовой хаос

Нормативность — важная характеристика общественной жизни. Правовая норма несет в себе информационный заряд, который позволяет фиксировать, регулировать и оценивать поведение личностей и деятельность институтов государства и общества. Нормы создают разнообразные комбинации регулирования. Современное право развивается в условиях, когда невиданную мощь обеспечивает научно-технический прогресс, когда глобализация расширяет границы и объем связей между странами и личностями, когда человеку становится доступна картина мира ввиду использования новых информационных технологий<sup>8</sup>. Государства «обрастают» многообразными внешними взаимодействиями, и право приобретает подчас масштабы специализированного характера ввиду появления новых объектов регулирования. Философия прав и свобод человека и гражданина обостряет национальные чувства и одновременно усиливает гуманитарные основы жизни на планете<sup>9</sup>.

Общие процессы правового развития по-разному отражаются в государствах Европы, Америки, Африки, Азии. Неодинаковы темпы и уровень правовых систем, поскольку циклы правового развития отражают исторические условия каждой страны. Нормативное развитие сменяется кризисами, переворотами, революциями и, соответственно, медленным или быстрым развитием законодательства, консервацией или обновлением правовых регуляторов. Проблема качества законов выходит на передний план в общем механизме совершенствования регулятивной деятельности.

В последние десятилетия в Европе и странах ОЭСР формируется политика «лучшего регулирования», «умного регулирования». Ее направления, принципы и элементы используются в том числе в России<sup>10</sup>. Стандарты качества государственного управления, антикоррупционные стандарты, требования, риски регулирующего воздействия, электронное правительство, транспарентность — эти и другие позиции благоприятно отражаются на государственно-правовой деятельности. Более того, обеспечивается сходство и сопоставимость правовых регуляторов, и разработки в ЕС и СЕ в рамках программы «Международное регуляционное сотрудничество» открывают возможность формирования «цепи правовых актов» на национальном и международном уровнях. Это облегчает формирование правовых пространств и способствует их стабильности.

Казалось бы, правотворчество и правоприменение должны развиваться планомерно и гармонично без каких-либо серьезных противоречий. Но в реальной действительности возникают отклонения от концепций и теорий, от нормативных моделей и принятых законов. Отклонения как негативные и позитивные явления отражают отмеченную разновидность развития права и борьбу интересов<sup>11</sup>. Преувеличенный «однолинейный» взгляд на право мешает понять правовую динамику и подвижность правовых пространств, которую то признают, то изменяют, то разрушают.

<sup>8</sup> См.: Кудрявцев Ю.В. Нормы права как социальная информация. М., 1981. С. 14.

<sup>9</sup> Зорькин В.Д. Право в условиях глобальных перемен. М., 2013. С. 332.

<sup>10</sup> См.: Regulatory Reforms: Implementation and Compliance Regulatory. Berlin, 2014. P. 51.

<sup>11</sup> См. подробнее: Правовые модели и реальность. М., 2014. С. 166.

В известной мере условно выделим следующие деструктивные факторы:

- а) различные политические и экономические интересы стран, корпораций, партий и организаций, а также групп и слоев населения (элита, рабочие, этнические группы и т.п.);
- б) допущение юридических коллизий ввиду неглубокой подготовки проектов законов и подзаконных актов, международных договоров, соглашений и рекомендаций;
- в) расширение зоны политических, экономических, социальных и международных конфликтов;
- г) отчуждение граждан от права ввиду его сложности и противоречивости и слабого отражения социальных интересов;
- д) допущение и непризнание неправомерных действий и бездействия либо запоздалые меры публичных институтов при нарушениях прав граждан и отступлениях от международных договоров;
- е) проявление силы как фактора политики, выражающегося в политическом и экономическом давлении, информационных войнах, экономических санкциях и блокадах, прямом нарушении суверенитета государств и вмешательстве в их внутренние дела.

Феномен «право силы» взамен «силы права» опасен разрушением национальных и международных институтов и деформацией правовых пространств.

Все это неизбежно ведет к правовому хаосу, когда ложно понятая целесообразность разрушает правовые системы и механизмы регулирования и заменяет их действие применением других норм — обычаев, традиций и др. Вместо правового пространства неизбежно образуется пространство беззакония, произвола и насилия вопреки ценностям и правопорядку. Международное право и институты могут многое сделать для устойчивой законности в современном мире, хотя всеми признается слабость или «сбои» в виде трансграничной преступности, финансового кризиса, сокрушения экологической стабильности и др. Поэтому правилен вывод о двух сценариях мирового развития — правовом и силовом вариантах. Строгое соблюдение международных принципов и эффективность ООН и других институтов гарантирует результат выбора правового вектора мирового развития<sup>12</sup>.

Но нельзя недооценивать взаимосвязь национального и международного правопорядков, иначе параллелизм не приведет к устойчивости правовых пространств. В отечественной научной литературе нередко используются понятия «правовой порядок» и «правопорядок». Первый из них трактуется как постоянная деятельность субъектов права по реализации правовых норм, построенных на внутреннем и внешнем диалоге, и оформленная в данный момент как представление социума о должной модели правового поведения<sup>13</sup>. Но вряд ли диалог и «должное поведение» служат исчерпывающими характеристиками, поскольку в них исчезают властное и иное обеспечение порядка и связь национального и международного порядка.

Отрадно, что в литературе по международному праву давно обсуждают эти вопросы и предлагают разные варианты ответов на вопросы — параллельное развитие национальных и международных правовых систем, нахождение их общих черт, трактовка «суперсистемы» глобального масштаба. Плодотворен разделяемый нами подход к управлению международными процессами, который позволяет использовать разные средства для влияния на процессы в международной сфере<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Зорькин В.Д. Указ. соч. С. 374.

<sup>13</sup> Черногор Н.Н., Пашенцев Д.А. Правовой порядок: доктринальные подходы и актуальные направления исследований // Журнал российского права. 2017. № 8. С. 5.

<sup>14</sup> Лихачев В.Н. Современные проблемы мироуправления: Российский подход. М., 2009. 400 с.

Понятия и конструкции мирового порядка меняются в ходе исторического развития и отражают условный вес таких факторов, как сила и интересы. Г. Киссинджер с учетом таких факторов характеризует региональный и мировой порядок. Но его порядок для Европы — это плюрализм и баланс сил, для исламизма — хаос, для Азии — конфронтация и партнерство. США отвечают за все человечество и стремятся к мировому порядку по своей национальной модели — американские ценности, институты как универсальный образец<sup>15</sup>.

В иностранной литературе обнаруживаются различные подходы к данной проблеме. Немецкие ученые характеризуют современное общество как общество информации, знаний и риска, а американские ученые используют трактовку порядка без права или вообще допускают нарушение всех регуляторов и институтов под давлением супер-экономических трансграничных регуляторов (такова позиция авторов книг «Глобальное административное право»)<sup>16</sup>.

К сожалению, в последние годы наблюдаются отход от принципов международного права в позициях и действиях США и их западных партнеров и явное давление узких политико-экономических интересов ради гегемонии в мире и захвата рынков сырья. Между тем, кроме традиционных международных институтов типа ООН, Совета Безопасности и легальных средств сохранения суверенитета стран и мирного решения спорных вопросов, широко используются средства «мягкого права». Так, Давосский мировой экономический форум дал системные оценки тенденций и рисков развития. В 2015 г. — это риски ослабления государственных институтов и роли государств, обострения межнациональных конфликтов, в 2016 г. — акцент на индустриальную революцию в мире и роботизацию, в 2017 г. — риски природные, техногенные и иные<sup>17</sup>.

Появляются труды о разных гранях права — то без него обходится порядок<sup>18</sup>, то право сращивается с моралью<sup>19</sup>. Это очевидные парадоксы. Весьма показательны новые регуляторы национальных и международных отношений в виде норм деклараций саммитов. Так, принятая 4.09.2017 Семэньская декларация руководителей стран БРИКС акцентирует внимание на ключевых проблемах и задачах такого нового феномена, как глобальное экономическое управление и развитие связей и координации стран-участниц. По вопросам политического сотрудничества и сотрудничества в сфере безопасности на этой сессии приняты 40 документов<sup>20</sup>, по вопросам развития межличностных контактов — 20, по вопросам экономического сотрудничества — четыре и план действий. Какие это документы? Декларация, доклад, соглашение, меморандум, положения, план действий инициаторов, программа «Именной консенсус», совместная статистическая публикация, общая позиция. Закреплены также темы встреч министров, старших должностных лиц, рабочих групп, экспертов.

<sup>15</sup> Киссинджер Г. Мировой порядок. М., 2016. 512 с.

<sup>16</sup> Global Administrative Law: The Casebook. New York, 2012. P. 56.

<sup>17</sup> Эллисон Р. Порядок без права. М., 2017. С. 467.

<sup>18</sup> Зорькин В.Д. Указ. соч. С. 395.

<sup>19</sup> Фуллер Л. Мораль права. М., 2016. 312 с.

<sup>20</sup> Среди которых: Дорожная карта практического сотрудничества БРИКС в обеспечении безопасности в сфере использования информационно-коммуникационных технологий (ИКТ); Положение о Сети модельных электронных портов БРИКС [Электронный ресурс]: // URL: [http://brics.mid.ru/document/-/asset\\_publisher/VmQIT1AUALV/content/samen-skaa-deklaracia-rukovoditelej-stran-briks-samen-kitaj-4-sentabra-2017goda?redirect=%2Fdocuments&inheritRedirect=true](http://brics.mid.ru/document/-/asset_publisher/VmQIT1AUALV/content/samen-skaa-deklaracia-rukovoditelej-stran-briks-samen-kitaj-4-sentabra-2017goda?redirect=%2Fdocuments&inheritRedirect=true) (дата обращения: 31.10. 2017)

Как видно, существуют различные позиции по поводу правового порядка и мирового порядка. По нашему мнению, национальный правовой порядок строится на основе конституционных принципов и отражает степень устойчивости конституционного строя, которая содержит как общечеловеческие ценности и верховенство права, так и национальные ценности и менталитет, устойчивый уровень законности. Причем национальный порядок служит составной частью мирового правопорядка на основе признания общечеловеческих ценностей, согласованного решения глобальных проблем (сотрудничество стран, сохранение климата, безопасность, общие ресурсы планеты, качество госуправления, демократия, борьба с коррупцией), баланса интересов стран, регионов, планеты и соответствующих правовых пространств, устойчивости институтов государств и международных институтов, мирного разрешения споров и конфликтов.



### Библиография

- Влияние международного права на национальное законодательство. М.: Юриспруденция, 2007. 488 с.
- Глобализация и интеграционные процессы в Азиатско-Тихоокеанском регионе. М.: Инфра-М, 2015. 332 с.
- Зорькин В.Д. Право в условиях глобальных перемен. М.: Норма, 2013. 495 с.
- Ландо Д.Д., Самарин В.И. Европейское публичное право. М.: Проспект, 2017. 208 с.
- Лихачев В.Н. Современные проблемы мироуправления: Российский подход. М.: Вече, 2009. 400 с.
- Правовое пространство и человек. М.: Юриспруденция, 2012. 240 с.
- Правовые модели и реальность. М.: Юриспруденция, 2014. 280 с.
- Римский клуб. Истоки создания, избранные доклады и выступления, официальные материалы М.: URSS, 1997. 384 с.
- Терещенко Л.К., Стародубова О.Е. Задачи информационного права // Журнал российского права. 2017. № 7. С. 156–161.
- Фуллер Л. Мораль права. М.: Социум, 2016. 312 с.
- Черногор Н.Н., Пашенцев Д.А. Правовой порядок: доктринальные подходы и актуальные направления исследований // Журнал российского права. 2017. № 8. С. 5–16.
- Эллипсон Р. Порядок без права. М.: Институт Гайдара, 2017. 520 с.
- Hasselbalch O. Labour Law: Denmark. Deventer: Wolters Kluwer, 2016. 312 p.
- Regulatory Reforms: Implementation and Compliance. Berlin: Nomos, 2014. 351 p.
- Schwöbel C. Global Constitutionalism in International Legal Perspective. Boston, 2011. 258 p.

---

## Legal Space: Balance and Deviations



### Yuri A. Tikhomirov

Professor, Director, Legal Studies Institute, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: utikhomirov@hse.ru



### Abstract

There are major changes in modern systems and methods of legal regulation across the world. The law does not lose its role and becomes an even more powerful mechanism for regulating and shaping new states in society and the state. This is due largely to the use of the concept of “legal space”, which

allows reflecting the processes of globalization and strengthening of the sovereignty of states. With its help, there is possibility to analyze new areas of legal regulation through various legal regulators and maintain the stability and flexibility of legal boundaries. The article deals with the types of legal spaces (economic, informational, etc.) and arising disputes for the different countries. There is the process of multi-vector development of law, when instead of one-dimensional development, there is the influence of such vectors as the mobile sphere and the scope of legal regulation, multi-layered, influence of institutionalization and technization, gaps between law-making and law enforcement. In the focus of multidimensionality there are the initial correlations between national international acts, localization and self-regulation. The normative flow is followed by the chaotic legal phenomena destroying legal space. It causes to look for ways of mutual influence of national and international law and order, to find resistance to violence and to strengthen alignment mechanisms. National regime is a component of international regime due to common values, shared solutions of global challenges, balance of different interests, stable functioning of institutions, peaceful resolution of disputes and conflicts. The world order and the basis of contemporary law are formed in difficult conditions of cooperation and confrontation of various social forces.



### Keywords

law, legal regulation, regulators, multi-vector, conflicts, multi-layered regulation, legal space, legal boundaries, world order.

Citation: Tikhomirov Yu. A. (2017) *Legal Space: Balance and Deviations*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 4–17 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.4.17



### References

Chernogor N.N., Pashentsev D.A. (2017) *Pravovoy poryadok: doktrinal'nyye podkhody i aktual'nyye napravleniya issledovaniy* [Legal Order: Doctrine and Urgent Fields of Research]. *Zhurnal Rossiyskogo prava*, no. 8, pp. 5–16.

Ellipson R. (2017) *Poryadok bez prava* [Order without Law]. Moscow: Institut Gaydara, 520 p. (in Russian)

Fulliar L. (2016) *Moral' prava* [Moral of Law]. Moscow: Sotsium, 312 p. (in Russian)

Globalizatsiya i integratsionnyye protsessy v Aziatsko-Tikhookeanskom regione (2015) [Globalization and Integration in Asian-Pacific Area] Moscow: Infra-M, 332 p. (in Russian)

Hasselbalch O. (2016) *Labour Law: Denmark*. Dordrecht: Wolters Kluwer, 312 p.

Lando D.D., Samarin V.I. (2017) *Yevropeyskoye publichnoye pravo* [European Public Law]. Moscow: Prospekt, 208 p. (in Russian)

Likhachev V.N. (2009) *Sovremennyye problemy miroupravleniya: Rossiyskiy podkhod* [Modern World Order: Russian Approach]. Moscow: Veche, 400 p. (in Russian)

*Pravovoye prostranstvo i chelovek (2012)* [Legal Space and Human Being]. Moscow: Yurisprudentsiya, 240 p. (in Russian)

*Pravovye modeli i real'nost'* (2014) [Legal Models and Reality]. Moscow: Yurisprudentsiya, 280 p. (in Russian)

*Regulatory Reforms: Implementation and Compliance* (2014) Berlin: Nomos, 351 p.

*Rimskiy klub. Istoki sozdaniya, izbrannyye doklady i vystupleniya* (1997) [Roman Club: Causes of Creation, Selected Addresses] Moscow: URSS, 384 p. (in Russian)

Schwöbel C. (2011) *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*. Boston: Little and Brown, 258 p.

Tereshenko L.K., Starodubova O.Ye. (2017) *Zadachi informatsionnogo prava* [Tasks of Information Law]. *Zhurnal Rossiyskogo prava*, no. 7, pp. 156–161.

*Vliyaniye mezhdunarodnogo prava na natsional'noye zakonodatel'stvo* (2007) [Influence of International Law on National Laws]. Moscow: Yurisprudentsiya, 488 p. (in Russian)

Zor'kin V.D. (2013) *Pravo v usloviyakh global'nykh peremen* [The Law in the Era of Global Changes]. Moscow: Norma, 495 p. (in Russian)

# Глобальные правовые системы, правовые семьи и их классификация

---

---



**В.Е. Чиркин**

профессор, главный научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук, заслуженный деятель науки РФ, заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук. Адрес: 119019, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, 10. E-mail: vechirkin@yandex.ru

---



## Аннотация

Основоположники сравнительного системного подхода к изучению права (среди первых были американец Р. Шлезингер, французы Р. Давид и М. Ансель, итальянец Р. Сакко, канадец П. Гленн, позже немцы Х. Кётц и К. Цвайгерт и др.) на рубеже 1960-1970-х гг. совершили прорыв в правовой науке. Они завершили создание основ нового направления сравнительно-правовых исследований, выделили и проанализировали различные правовые общности прошлых веков и современности, назвав последние семьями или системами (англо-саксонская, романо-германская, социалистическая, мусульманская и др.). Им следуют многие российские авторы. Термины «правовая система» и «правовая семья» часто используются как одинаковые, понятия системы и семьи, как правило, не даются, социальная суть основных (глобальных) правовых систем игнорируется. Англо-саксонская семья права и тоталитарная социалистическая правовая система находятся в одной и той же классификационной единице. В статье предлагаются новые подходы и иной синтез правовых систем. Автор использует методы исторического, логического, дедуктивного, индуктивного и сравнительного исследования, формационно-цивилизационный подход и на этой основе выделяет три основные правовые системы современного мира: мусульманскую систему (мусульман более 1,7 млрд. человек), либерально-полусоциальную капиталистическую систему (распространяется на 4,5 млрд. человек, включая многие развивающиеся страны) и тоталитарно-социалистическую систему (1,5 млрд. человек). При выделении правовых семей используется традиционный подход сравнительного правоведения, но с учетом социальных и культурологических правовых особенностей. На этой основе в рамках каждой из глобальных систем выделены правовые семьи. В системе мусульманского права есть фундаменталистская (радикалистская) и модернизированная (продвинутая) правовые семьи, а по другому основанию деления — суннитская и шиитская правовые семьи; в либерально-полусоциальной капиталистической системе — англо-саксонская, романо-германская и другие семьи (современные исследователи называют латино-американскую, скандинавскую и др.); в тоталитарной социалистической системе — ортодоксальная и частично модернизированная семьи.

---



## Ключевые слова

индивидуальные правовые системы государств, глобальные системы, правовые семьи, классификация, капиталистическая правовая система, тоталитарно-социалистическая правовая система.

---

---

Библиографическое описание: Чиркин В.Е. Глобальные правовые системы, правовые семьи и их классификация // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 18–30.

JEL: K10; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.18.30

## Основные понятия

В российской и зарубежной юридической науке при исследовании правовых образований используются понятия «национальная правовая система»<sup>1</sup>, «правовая семья» и «правовая» система. Речь идет о внутреннем праве государств, правовая система международного права занимает особое место. В литературе существуют подходы, одинаковые к понятию правовой системы в отдельно взятом государстве (например, в США или Китае, если не говорить о социальной сущности), но неодинаковые по отношению к понятиям правовой семьи, объединяющей определенную группу государств часто на разных континентах (например, англо-саксонская семья), и правовой системы определенного единства иной группы государств (например, в сохранившихся тоталитарно-социалистических государствах разных континентов, в том числе во Вьетнаме и на Кубе). Неодинаковы и классификации правовых систем и правовых семей.

В российских исследованиях прежде всего отмечается, что следует различать понятия «система права» и «правовая система». Считается, что первое понятие характеризует внутреннюю структуру права (правовые акты, нормы, институты, отрасли права и др.), хотя многие исследователи выделяют в нем не только нормативный компонент, но и иные, например, правоприменение. Правовая система в российских исследованиях понимается шире, чем система права, хотя у разных авторов неодинаково (иногда наряду с другими компонентами сюда включают правовую психологию). Нередко такие расширения ведут к смешению понятий права и правовой системы

В зарубежной литературе, насколько известно, не существует разных понятий системы права и правовой системы, хотя языки этих стран дают возможность делать такое различие словарно, а затем и по существу (например, *legal system* и *system of law*, *système juridique* и *système de droit* и т.д.). Исследователи зарубежных стран детально изучают систему норм, институтов, отраслей (без этого невозможно изучать право), рассматривают исторические правовые системы и современные правовые семьи, но различия понятий права, системы права и правовой системы не проводятся, компоненты системы не выделены, а семьи часто называются системами. Французский исследователь Р. Давид среди «великих систем» называет, например, англо-саксонскую и романо-германскую правовую семьи<sup>2</sup>, а его соотечественник компаративист Р. Леже говорит о «трех великих правовых системах: английском, французском и немецком праве»<sup>3</sup>. Это имеет место и в специальных зарубежных работах о структуре правовой системы<sup>4</sup>.

Сравнительные исследования правовых систем (сначала как индивидуальных и как правовая география) и правовых семей в какой-то мере проводятся давно, но они получили новое направление во второй половине XX в. Основоположники системного подхода к сравнительному правоведению (американец Р. Шлезингер, француз Р. Давид, немцы К. Цвейгерт, Х. Кётц, канадец П. Гленн и др.) совершили прорыв в научных исследованиях. Они создали новое направление исследований, выделили и проанализировали различные правовые общности современности, назвав их системами или семьями, рассмотрели исторические системы прошлого и остатки их элементов в современных условиях.

<sup>1</sup> Термин «национальный» в западной литературе связан с концепцией «нация-государство». В применении к России он требует уточнения или пояснения: Россия — государство многонациональное.

<sup>2</sup> *David R. Les grands systèmes de droit contemporains (Droit comparé)*. P., 1964.

<sup>3</sup> *Леже Р. Великие правовые системы современности. Сравнительно-правовой подход*. М., 2011. 529 с.

<sup>4</sup> *Сандевуар П. Структура правовой системы: Государственное право и частное право*. М., 1994.

В России влияние получила работа французского правоведа Р. Давида<sup>5</sup>, ей следовали российские авторы, опубликовавшие книги о правовых системах<sup>6</sup>. Р. Давид, не давая определения правовой системы и правовой семьи, различал романо-германскую (континентальную); англо-американскую (он называл ее и системой общего права), социалистическую семьи, а также шесть самостоятельных типов религиозного и традиционного права: мусульманское, иудейское; каноническое; индусское; дальневосточное (японо-китайское); африканское. На наш взгляд, включение в одну классификационную единицу разных по социальной сущности капиталистического и социалистического права (например, англо-американской семьи и советского права) было ошибочным. Кроме того, мусульманское право — не только историческое, но и действующее, а каноническое право — это не право государства. При всем этом работа Р. Давида имела принципиальное ориентирующее значение.

Как уже говорилось, основоположники системного анализа иногда использовали понятия правовой системы и правовой семьи как аналогичные (семья — тоже определенная система). По нашему мнению, эти понятия нужно точно различать. Словосочетание «национальная правовая система» относится в научной литературе всех стран к правовым системам определенных государств. Термины «правовая система» и «правовая семья» относятся к группам государств (правовым общностям), разным по сущности и форме или по содержанию и форме.

Однако известное отождествление этих явлений и понятий продолжается и в зарубежной, и российской литературе. Достаточно взглянуть на оглавления книг зарубежных и российских компаративистов. На книги Р. Давида и Р. Леже мы уже ссылались. Итальянский исследователь А. Версетти предлагает такую классификацию правовых семей (некоторые из них одновременно названы системами): общее право, шариатское право, каноническое право, система гражданского права (в странах, где приняты гражданские кодексы), право Советского Союза<sup>7</sup>. Укажем еще на наиболее детальный источник из зарубежной справочной литературы. В нем перечислены шесть правовых систем (они названы также семьями): система гражданского права (она традиционно называется так в связи с принятием гражданских кодексов в этих государствах; в России и за рубежом чаще говорится о романо-германской или континентальной системе) — 84 государства; система общего права (часто говорится об англосаксонской системе) (44); религиозного права (12); смешанные системы континентального и общего права (25); континентального и шариатского права (11); общего и шариатского (7). Одна страна — Индия — отнесена к гибридной правовой системе<sup>8</sup>. В этом перечне названы не все государства-члены ООН и, напротив, туда включены некоторые страны, не являющиеся

<sup>5</sup> Первой книгой Р. Давида, где намечался такой подход, была: *David R. Traité élémentaire de droit civil comparé: introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*. P., 1950. Книга, принесшая ему известность (*David R. Les grands systèmes de droit contemporains*. P., 1964) была впервые опубликована на русском языке в 1967 г. Она имеет высокий международный рейтинг.

<sup>6</sup> См., напр.: *Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности*. М., 2003.

<sup>7</sup> *Versetti A. Legal Families in the Modern World: Civil (Romano-Germanic) Law, Common Law and other Legal Families in the World*. London, 2010. P. 2–3.

<sup>8</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <https://yandex.ru/search/?lr=213&clid=2242347&msid=1506844043.80865.22910.17422&text=%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%8F%20%D1%81%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%B5%D0%BC%D0%B0%20%D1%8D%D1%82%D0%BE> (дата обращения: 2.09.2017)

государствами (Макао и др.), но он дает представление о современном подходе к классификации правовых систем в зарубежной науке.

Подобный подход имеет место и в новых российских изданиях. М.Н. Марченко, не предлагая определений правовой системы и правовой семьи, в качестве систем называет «романо-германскую правовую семью, англосаксонскую правовую семью или систему общего права, правовые системы социалистических и постсоциалистических государств, иудейское право и мусульманское право как разновидности религиозного права»<sup>9</sup>.

Российские авторы (различающие или нет правовую систему и правовую семью), предлагая классификации, неодинаково подходят к содержанию понятия правовая система, ее составляющим. В.В. Гаврилов отметил три главных подхода: 1) правовая система рассматривается только как нормативное образование; 2) в понятии системы объединяют право как нормативное образование, правотворчество и правоприменение; 3) это внутренние взаимосвязи правовых явлений, их организаций и структур; совокупность юридических норм, принципов и институтов (нормативный элемент), совокупность правовых учреждений (организационный элемент), совокупность правовых идей и взглядов (идеологический элемент)<sup>10</sup>.

Сам В.В. Гаврилов общего определения не предлагает. Он дает широкое определение национальной правовой системы, включая в нее определенные компоненты и, как он говорит, по аналогии с ним — определение международной правовой системы (имеется в виду международное право). По мнению В.В. Гаврилова, национальная правовая система «представляет собой характерную для данного государства (общества) целостную совокупность действующих на его территории правовых норм, а также юридических органов, учреждений, организаций и правовой идеологии, обеспечивающих в процессе юридической практики, опосредованной правовой психологией, урегулирование общественных отношений в соответствии с объективными закономерностями развития общества»<sup>11</sup>.

Стремление дать определение прежде, чем рассматривать правовые системы (что обычно не делают названные выше и иные авторы), заслуживает поддержки. Однако вряд ли стоит включать такие объекты, как органы и учреждения, в правовую систему (на применение права уполномочен в определенных пределах в административно-правовых отношениях и рядовой полицейский). Это слишком расширенное определение правовой системы.

Термин «правоприменение» В.В. Гаврилов в определении не использует (он называет органы и учреждения и юридическую практику). На наш взгляд, правоприменение — это неотъемлемый компонент правовой системы (мы предпочитаем слово «компонент» ввиду его объемности слову «элемент»), Виды правоприменителей нужно, конечно, назвать, но речь должна идти прежде всего не о физических правоприменителях, а о характере самого правоприменения, его сути, содержании и форме (демократическом или нет, основанном на принципах верховенства права и закона или нет, включающем все необходимые стадии или ущербном и др.), причем речь должна идти не только о судебном правоприменении, а о любом применении норм права уполномоченными на то

<sup>9</sup> Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. М., 2016. С. 25, 111, 206 и др.

<sup>10</sup> Гаврилов В.В. Понятие национальной и международной правовых систем // Журнал российского права. 2004. № 11. С. 98–112.

<sup>11</sup> Гаврилов В.В. Международная и национальные правовые системы: понятие и основные направления взаимодействия: автореф. дис. ... д. ю. н. Казань, 2006. С. 7.

органами или должностными лицами. Физические и юридические лица не применяют право, они используют его.

Как отмечает В.В. Гаврилов, правовая психология опосредствует применение права, но сама она в правовую систему, по его мнению, видимо, не входит. Он не приводит оснований такого заключения. По нашему мнению, во-первых, правовая психология может быть индивидуальным фактором конкретного правоприменителя. Речь должна идти о более или менее сложившейся общественной психологии (например, отношении к однополым бракам в связи с правами человека или к защите государства). Во-вторых, это все-таки духовный элемент, он не нормирован нормами права и складывается в обществе и у конкретных создателей норм и правоприменителей в ходе всей их общественной (нередко — и частной) жизни. Кроме того, у правоприменителей психологическое отношение формируется также при рассмотрении конкретного дела, урегулировании правонарушения, в иных контактах. Если правоприменители — это коллегия, то у разных ее членов такое отношение может быть неодинаковым.

Как говорилось, иногда в понятие правовой системы включают компонент правотворчества. На наш взгляд, для понятия правовой системы это существенный элемент. Это отчетливо видно при сравнении правотворчества в мусульманской системе права (создание Корана, Сунны, масхабов, фетв и др.)<sup>12</sup> или правотворчества в странах тоталитарного социализма (например, совместные акты ЦК коммунистической партии и правительства, часто имевшие большее значение, чем закон) с другими системами.

Понятие правовой системы не может быть не связано с понятием самого права, какие бы определения последнего мы ни использовали<sup>13</sup>. Понятия права и правовой системы должны соответствовать друг другу. Однако, как отмечалось, хотя это и близкие, но разные явления. Поэтому некоторые элементы понятия «право» не входят в понятие политической системы, другие, напротив, добавляются.

По нашему мнению, правовая система на национальном или групповом (глобальном) уровне — это интегрированное единство пяти основных компонентов правовой действительности: 1) нормотворчества (способы создания правовых норм и их последующей группировки); 2) нормативного компонента (правовые акты, правовые принципы, нормы, институты, публичное и частное право, отрасли права); 3) правоприменения (характер правоприменения, некоторые элементы которого названы выше); 4) правовой идеологии, являющейся частью государственной идеологии, выраженной в нормах конституции и законодательства; с ней можно не соглашаться, она не должна быть обязательной, но в выступлениях против нее насилие применять запрещено); 5) правовой культуры как части культуры, принятой в обществе. Правовая культура включает вопросы, относящиеся к физическим и юридическим лицам, объединениям, организациям, органам, должностным лицам, нормотворчеству, правоприменительному процессу, правовой идеологии.

---

<sup>12</sup> Коран — записанные по памяти проповеди пророка Мухаммеда, Сунна — канонизированное жизнеописание пророка (эти священные книги являются основой жизни мусульманина), масхабы — канонизированные толкования Корана, сделанные знаменитыми исламскими правоведами в VIII–IX в. (источник права и, одновременно, ориентир основ правоприменения), фетва — правовая позиция или решение исламских правоведов, имеющих право принимать обязательные решения.

<sup>13</sup> Мы придерживаемся структурно-функционального ценностного определения права как системы внутренне согласованных юридических норм, установленных или санкционированных публичной (прежде всего, государственной) властью, регулирующих общественно значимые отношения, обеспечиваемых, в конечном счете, государственным принуждением и служащих юридической основой для создания и распределения социальных ценностей (благ) в обществе.

Эти компоненты имеют также определяющее значение для индивидуальной правовой системы и правовой семьи (они состоят в системе), но они дополняются характеризующими их особенностями индивидуальной системы (в данном обществе и государстве) или совокупными особенностями группы стран. Эти особенности и служат основанием для их классификации внутри системы. При этом значение некоторых компонентов для вычленения индивидуальных правовых систем и правовых семей может быть невелико (например, правовая идеология заложена в самой системе), а своеобразие правовой культуры, напротив, может иметь особое значение<sup>14</sup>.

Национальная система ограничена рамками государства (она может влиять и влияет на другие государства, но действует как система в рамках своей страны). Она одновременно относится к определенной правовой семье (или к смешанным семьям) и к той или иной глобальной правовой системе (смешанные глобальные системы из-за антагонистических различий в сущности, на наш взгляд, невозможны). Глобальные правовые системы — наиболее широкое понятие в классификациях правовых общностей. Правовые семьи действуют в разных странах и часто на разных континентах (романо-германское право применяется в Латинской Америке), но относятся к определенной правовой глобальной системе.

Главное различие между всеми ними состоит не столько в размерах территории и численности населения, на которые они распространяются, хотя это тоже существенно. Иногда правовая система одного государств охватывает большее население, чем глобальная система (например, Китай и страны, где действует классическое мусульманское право). Главное состоит в различиях между сущностью, содержанием и формой этих трех явлений (соответственно, понятий). Как говорилось, национальная правовая система конкретна (бразильская, египетская, французская и др.). Ее сущность задана глобальной правовой системой, Она имеет особенности в элементах содержания (его основы заданы семьей) и индивидуальную форму.

Понятия правовой семьи и глобальной правовой системы обобщены, они строятся на учете данных многих государств, где есть различия и сходство. Учет различий в социальной сущности и главное — сходство социальной сущности — служат в современном мире главными основаниями выделения той или иной глобальной системы. Классификация правовых семей основана на сходстве содержания, которое менее значимо, чем сущность, но гораздо богаче, разностороннее, включает не только социальное содержание, но и другие элементы содержания.

## Три глобальные правовые системы и их семьи

В 193 государствах-членах ООН существуют и похожие, и совсем разные «страновые» правовые системы. Однако очевидно сущностное сходство между правовыми системами капиталистического общества и государств, расположенных на разных континентах (капиталистических Франции и США, социалистических Вьетнама и Кубы), равно как сходство социального содержания в принадлежащих к разным семьям капи-

<sup>14</sup> Это показано в работе Г. Олмонда и С. Вербы о гражданской культуре, до сих пор считающейся классической. См.: *Almond G., Verba S. The Civic Culture*. Princeton, 1963. Названные авторы разрабатывали главным образом вопросы современной политической культуры различных народов (Великобритании, США и др.), но в работе были и положения о правовой культуре. См. также: *Legrand P. Fragment on Law-in-Culture*. Deventer, 1999; *Legrand P. Le droit compare*. P., 2011.

талистических Великобритании и Германии или в мусульманских Марокко и Кувейте. Правовая система Великобритании близка к правовой системе Канады, австрийская — к германской, но вместе с тем все они коренным образом отличаются, например, от правовой системы Китайской Народной Республики или от правовой системы Саудовской Аравии. Бразильская правовая система во многом похожа на мексиканскую, но обе они существенно отличаются от правовой системы социалистической Кубы в той же Латинской Америке. Правовая система Германии отличается от правовой системы Великобритании, Египта — от Марокко и т.д.

Во многих названных странах существуют одинаковые и разные формы правления, государственно-территориального устройства и государственного режима. Как видно, сходство и различия сущности и содержания правовых систем и правовых семей существуют при одинаковых и самых разных формах права и государства. Форма не имеет определяющего значения, напротив, она зависит от сущности (основы формы) и содержания (иные элементы формы).

В 193 государствах мира много различий в правовых системах, но есть и много похожих по самым различным признакам. Это создает условия для группировки «страновых» правовых систем по различным основаниям.

Главным основанием для наиболее крупной группировки, как сказано, является социальная сущность права. Различия в социальной сущности, прежде всего, заметны в сфере публичного права. Например, принципы права КНР — по Конституции 1982 г. «социалистического государства демократической диктатуры народа, руководимого рабочим классом» (ст. 1)<sup>15</sup> — совершенно иные, чем в Саудовской Аравии, которая согласно Основному закону об управлении (1992) является «исламским государством» (ст. 1), а власть принадлежит сыновьям сыновей первого в истории короля (ст. 5)<sup>16</sup>.

При обобщении социолого-юридических и конкретно-правовых исследований в современном мире можно выделить, видимо, три территориально разделенные глобальные системы: *мусульманскую*, в которой в разной степени есть полуфеодальные элементы, *либерально-полусоциальную капиталистическую систему* (она не может быть полностью социальной системой в силу природы капиталистического строя, господства частной собственности и главного в капитализме — стремления к максимальной прибыли), а также правовую систему *тоталитарного социализма*. Общественные, а еще чаще — частные и личностные отношения оставшейся части человечества — регулируются смешением различных норм. Такие страны примыкают к одной из названных правовых систем, но выделить доминанту, чтобы отнести их к той или иной правовой семье, иногда трудно (отдельные страны Тропической Африки, Океании), а иногда можно (например, в Японии или Индии).

По данным 2017 г. на Земле проживает около 7,7 млрд. человек, из которых 1,7 млрд. — мусульмане. В процентном соотношении получается, что почти каждый четвертый, живущий на планете, является приверженцем ислама. В 42 странах мусульмане составляют большинство населения. В 28 государствах ислам является государственной религией, но мусульмане проживают миллионами, а в отдельных случаях — десятками миллионов в других странах, руководствуются своим правом в личных, а нередко и в некоторых общественных отношениях.

<sup>15</sup> Конституция Китайской Народной Республики 1982 г. / Конституции государств Азии. Т. 3. Дальний Восток. М., 2010. С. 226.

<sup>16</sup> Highlights of the Development in Saudi Arabia. The Basic Law of Government. Riadh, s.a. P. 92, 93.

Мусульманская правовая система имеет общие признаки во всех мусульманских странах: Коран, Сунна, шариат — основные источники права<sup>17</sup>; вселенская власть Аллаха; понятие уммы «правоверных», отделенных и в известной мере противопоставленных «неверным»; права упоминаются, но главное — обязанности перед Аллахом и мусульманской уммой (сообществом), Человек пассивен, всеми его действиями руководит Аллах, существует многоженство и правовое неравенство (включая женщин), все равны только перед Аллахом; «священной» является не частная собственность (как по ст. 17 французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г.), а публичная собственность (ст. 16 упомянутого Основного низама Саудовской Аравии), которую и только «правоверным» даровал Аллах. Форма государства — халифат (его влияние иногда есть и в республиках), вместо выборных органов принят принцип аш-шуры (консультаций, совета при правителе и местных начальниках при принятии решений).

В рамках мусульманской системы права существуют правовые семьи, выделяемые по разным основаниям (сунниты и шииты, живущие в одних и тех же странах), разделенные территориально фундаменталистская («классическая», радикальная) и модернизированная (в «продвинутых» странах) мусульманские правовые семьи. Фундаменталистская, радикалистская семья права, отстаивающая «чистоту ислама», восприятия институтов иных глобальных правовых систем принципиально не допускает, а имеющиеся явления квалифицирует как совпадения. Напротив, юристы «продвинутых» стран (например, ливанский профессор Н. Маррат) считают, что *все* (курсив мой — В.Ч.) институты мусульманского права совместимы с европейскими<sup>18</sup>, что является преувеличением.

Сунниты (большинство) и шииты — два основных направления в исламе. Они живут в одних и тех же странах, но применяют разные толкования некоторых основополагающих положений Корана, особенно по вопросу о власти. У них официальные толки (масхабы), являющиеся одновременно правовыми и религиозными установками, сформулированными путем рациональных толкований Корана и Сунны учеными-исламоведами в VIII–IX вв. У суннитов четыре основных масхаба, названных по именам их создателей (ханифиты, шафииты, маликиты, ханбалиты), у шиитов — три (джафариты, исмаилиты, зейдиты), но есть и другие масхабы. Иногда противоречия суннитов и шиитов (считающих себя угнетенной частью уммы — сообщества мусульман) доходят до жестоких и длительных вооруженных столкновений (продолжающаяся гражданская война в Йемене).

В конституциях модернизированных мусульманских стран иногда говорится о «мусульманской религии умеренного толка» (ст. 1 Конституции Марокко (2011 г.)<sup>19</sup>. В них, как правило (исключение — Марокко) существуют республика, выборы, парламенты, партии, общественные объединения (все это запрещено в странах правового фундаментализма), существует развитое законодательство (в странах фундаментализма говорится, что все нормы права (кануны) есть в «священных книгах», и нужно только суметь извлечь это из них, а институты мусульманского права считаются несовместимыми с европейскими). В «продвинутых» странах давно упразднены мусульманские суды с членовредительными (талион и т.д.) наказаниями,

<sup>17</sup> Ст. 2 Конституции Египта (2014), принятой после «арабской весны», тоже устанавливает: «Принципы исламского шариата являются источником законодательства». См.: Constitution of the Arab Republic of Egypt. Cairo, 2015.

<sup>18</sup> Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, 2008. P. 631.

<sup>19</sup> Constitution du Royaume du Maroc. Rabat, 2011.

С 1990-х гг. в странах мусульманского фундаментализма есть некоторые изменения (монархи даруют основные низамы — документы типа конституций, но подлинной конституцией объявлены Коран и Сунна), принимаются конституции (Бахрейн и др.), отдельные женщины включаются в состав аш-шуры при монархе (правда, не надолго), в некоторых городах создаются советы, частично избираемые мужчинами (с 2005 г. — Саудовская Аравия).

*Либерально-полусоциальная правовая система современного капитализма* действует в большинстве государств мира в ее разных, в том числе неразвитых формах (в развивающихся странах социальный элемент незначителен или его вовсе нет, но они входят в орбиту этой системы). Она охватывает своим правовым регулированием приблизительно 4,5 млрд. человек. В передовых странах данной системы действуют демократические принципы, существует развитое социальное законодательство, высокий уровень жизни, но это не исключает негативной социально-сущностной оценки самой системы, которая в том или ином виде и в разной степени развития существует в большинстве стран мира, если и поскольку на первый план выдвигается власть собственника и привлечение прибыли. Она складывается и в прежних странах тоталитарного социализма, избравших новый путь развития.

Теоретически и в значительной мере на практике правовые основы капиталистической либерально-полусоциальной системы включают общечеловеческие ценности: свободу, равенство, справедливость, народный суверенитет, демократию, права человека и др. В последние десятилетия в конституциях иногда упоминается также социальная справедливость, социальное партнерство, социальная ответственность, не только конкуренция в экономике, но и соревнование на других уровнях и т.д. В праве предусмотрено жизнеобеспечение человека (в капиталистических странах впервые законом были установлены прожиточный минимум и минимальный размер оплаты труда). Эта правовая система закрепляет важнейшие достижения экономической, социальной, политической и духовной жизни общества на нынешнем этапе развития человечества. Отрицать это нелепо. Однако либерально-социальный капитализм — тоже капитализм, а не иной строй более высокого типа, который пока неизвестен. Главная ценность этой системы — частная собственность, в праве доминируют индивидуалистический подход и принципы равноправия, формального равенства, одинаковых возможностей, а не социального равенства. Политическая демократия развита главным образом на уровне либерализма, в сфере производства есть лишь элементы социальной демократии в основном в совещательной форме заводских советов (есть разные названия), в продаже части акций предприятия работникам и т.д. Воля народа отнюдь не всегда имеет решающее значение, отсутствует подлинное социальное распределение общественного продукта, прежде всего по труду. Известны факты чрезмерных богатств и бедности в самых благополучных капиталистических странах.

В либерально-полусоциальной капиталистической системе исследователи давно выделили традиционные романо-германскую и англосаксонскую семьи, теперь называют и другие (латиноамериканскую, скандинавскую, славянскую или православную семьи). Они отличаются особенностями правового содержания, в науке они лишь названы, но не исследованы.

*Тоталитарно-социалистическая правовая система* охватывает пять государств с населением до 1,5 млрд. человек (Вьетнам, Китай, КНДР, Куба, Лаос). Иного социализма, как он мыслился многими передовыми умами человечества, пока осуществить не удалось. Трудно предположить, возможна ли иная правовая система социализма, чем

бывшая ранее в тоталитарных государства (например, в СССР) и существующая в них сейчас, но вряд ли это возможно в близком будущем: для этого нужен гораздо более высокий уровень развития и иной человек. Ее основные правовые признаки: провозглашение диктатуры пролетариата, конституционно закрепленное господство (руководящая роль) одной партии — коммунистической, запрещение политической оппозиции, неравноправное классовое деление общества (рабочий класс — ведущий), запрещение частной собственности (личная и мелкое трудовое хозяйство допускались), господство социалистической собственности и социалистической системы хозяйства, огосударствление всей экономики на принципах государственного планирования и распределения (рынок запрещен), «республика советов» (типа советов), отрицание принципа разделения властей (по «разделению труда» различаются органы законодательной власти, государственного управления, правосудия, прокуратуры), замена местного самоуправления системой советов как единственных органов государственной власти в центре и на местах (остальные — органы управления и т.д.), права и свободы предоставляются гражданам только в целях строительства социализма, обязательная идеология (марксизм-ленинизм с национальной спецификой — идеи Хосе Марти на Кубе, Мао Цзэдуна и Дэн Сяопина в Китае, Хо Ши Мина во Вьетнаме и т.д.), тоталитарный государственный режим и др.

Длительное время в странах тоталитарного социализма существовала, хотя и с различиями, одна, ортодоксальная тоталитарно-социалистическая семья. Она сохраняется в некоторых странах (например, КНДР). Возможно, что теперь складывается новая семья. Ее элементы: отказ от концепции диктатуры пролетариата, признание в конституциях необходимости частной собственности и ее важной роли в экономике, положения о «рыночной» (но «социалистической») экономике, признание прав человека (до этого — только гражданина), тезис о правовом государстве и др. Об этом свидетельствуют четыре поправки к Конституции Китая, принятые в 1988–2004 гг. Правда, реальные изменения в основном касаются экономики,

## **Проблема конвергенции правовых систем, антагонизма и гармонизации**

В советский период возможность конвергенции «угнетательского буржуазного» и «высшего типа социалистического права» принципиально отвергалась и, естественно, не анализировалась. На деле некоторое сближение имело место и было заметно уже, например, в некоторых положениях Конституции СССР (1936), которая устанавливала равноправие граждан и вводила некоторые элементы парламентаризма, а также во многих институтах гражданского права, которые первоначально отвергались как «буржуазные». Еще более отчетливо это видно в нормах Конституции СССР (1977), которая отказалась от концепции диктатуры пролетариата и установила, что коммунистическая партия действует в рамках Конституции.

Однако, несмотря на некоторые подвижки к общечеловеческим ценностям, на первом плане оставался непримиримый антагонизм «буржуазной» (капиталистического общества) и «социалистической» правовых систем, вытекавший из первоначальных тезисов марксизма: «диктатура буржуазии» и «диктатура пролетариата». Антагонизм между ними действительно существовал; по некоторым принципиальным вопросам социальной сущности права он существует и сейчас, хотя китайский опыт свидетельствует, что сближение может происходить и по некоторым принципиальным право-

вым положениям (частная собственность, рынок, права человека и др.), если они не относятся к сущности экономической, социальной, политической систем и духовной жизни общества.

Гармонизация в какой-то мере осуществляется между национальными правовыми системами и семьями, принадлежащими к одной глобальной системе, но и в данном случае есть препятствия. Например, британские суды отказывались принимать понятие юридического лица, которое шло к ним из права ЕС<sup>20</sup> (в англо-саксонском праве — понятие корпорации)<sup>21</sup>. Что же касается гармонизации трех существенно разных систем, то, на наш взгляд, в современных условиях она исключена. Чтобы она происходила, нужно преодолевать антагонистическую составляющую этих систем (названные выше поправки к Конституции Китая и некоторые другие факты (например, социалистический Китай в 2017 г. занял второе место по числу долларовых миллиардеров — после США), показывают, что это частично делается), но подлинная гармонизация по существенным вопросам возможна, когда антагонизм исчезнет, т.е. каждая из этих правовых систем превратится в иную систему или утвердится общая глобальная правовая система.

Вряд ли сейчас нужно гадать, какой она будет. Однако тоталитарно-социалистическая правовая система была опробована многими народами, и они избрали другой путь развития. Вряд ли человечество допустит также, чтобы в мире господствовала архаичная фундаменталистская мусульманская правовая система (об этом свидетельствует вооруженная борьба разных государств, в том числе России против зверств провозглашенного на Ближнем Востоке «исламского государства»). Глобальная правовая система будущего вберет в себя всю сокровищницу передового правового опыта человечества, а станет по своей сущности новой глобальной социально-демократической правовой системой.



### Библиография

Алмонд Г.А., Верба С. Гражданская культура. Подход к изучению политической культуры // Политика. 2010. № 2. С. 122–144.

Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1999. 400 с.

Марченко М. Н. Правовые системы современного мира. М.: Зерцало, 2016. 522 с.

Муромцев Г.И. Правовые системы и правовые культуры в сравнительно-правовых исследованиях // Вестник Российского университета Дружбы народов. Серия «Юридические науки». 2013. № 4. С. 158–165.

Супатаев М.А. К проблематике цивилизационного подхода к праву (очерки общей теории и практики). М.: Юрлитинформ, 2012. 143 с.

Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. Основы. М.: Международные отношения, 2000. 480 с.

Canivet G. La convergence des systemes juridiques du point de vue privee francais // Rev. intern. de droit compare. 2003. N 1. P. 7–22.

Clark D. Comparative Law and Society / Research Handbooks in Comparative Law Series). Chicago, 2012. 480 p.

De Cruz P. Comparative Law in a Changing World. London: West Academic, 2006. 488 p.

Glenn P. La tradition juridique nationale // Rev. intern. de droit compare. 2003. N 2. P. 263–278.

<sup>20</sup> В настоящее время Великобритания выходит из состава ЕС, но соответствующий закон будет принят парламентом только примерно через два года.

<sup>21</sup> См.: Alder J. Constitutional and Administrative Law. 6th ed. N.Y., 2007. P. 51.

Husa J. Classification of Legal Families Today — Is it Time for Memorial Hymn? // *Revue internationale de droit compare*. 2004. Vol. 56. N 1. P. 11–38.

Landskron R. Common-Law and Civil-Law Legal Families: a Misleading Categorisation. Bond University, 2008. 144 p.

Lukianov D. Legal Families Approach: Consistent Patterns and Trends // *European Political and Law Discourse*. 2015. Vol. 2. Issue 1. P. 189–194.

Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, 2013. 1424 p.

Versetti A. Legal Families in the Modern World: Civil (Romano-Germanic) Law, Common Law and Other Legal Families. London: West Academic, 2010. 35 p.

---

## Global Legal Systems, Legal Families and their Classification



**Veniamin E. Chirkin**

Professor, Chief Researcher, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, Doctor of Juridical Sciences. Address: 10 Znamenka Str., Moscow 119019, Russian Federation. E-mail: [vechirkin@yandex.ru](mailto:vechirkin@yandex.ru).



### Abstract

The founders of the comparative system approach to the study of law (among the first were American R. Schlesinger, French R. David and M. Ancel, later Germans H. Kotz and K. Zweigert, Italian R. Sacco, Canadian P. Glenn, etc.) at the turn of the 1960–1970s have made a breakthrough in legal science. They have completed building the ground of a new direction of comparative legal research, identified and analyzed various legal commonalities of the past and present referring to them as families or systems (Anglo-Saxon, Romano-German, Socialist, Muslim, etc.). Many Russian authors still follow this terminology. The terms “legal system” and “legal family” are often used as similar, the concepts of system and family are not given as a rule. The Anglo-Saxon legal family and totalitarian socialist legal system belong to the same classification unit. The article suggests a new approach and a synthesis of legal systems. The author uses the methods of historical, logical, deductive, inductive and comparative study, formational-civilizational approach and, on this basis, identifies three major legal systems in the contemporary world: Muslim (1.7 billion people), liberal semi-social capitalist system (applies to more than 4.5 billion people, including many developing countries) and the totalitarian socialist system (1.5 billion people). When selecting legal families, the traditional approach of comparative law is used, but considering the social and cultural legal features. On this basis, within each of the global systems legal families differ. In the system of Muslim law, there is fundamentalist Muslim law (radicalist) and modern (advanced) legal family. There are classifications differ in Sunni and Shiite legal families, liberal semi-social capitalist system includes Anglo-Saxon family, Romano-German and other families (modern researchers call in particular Latin-American, Scandinavian families, etc.), in the totalitarian socialist system, there is orthodox and partially modernized families.



### Keywords

individual legal systems of states, global legal systems, legal families, classification, liberal capitalist legal system, totalitarian socialist legal system.

Citation: Chirkin V.E. (2017) *Global Legal Systems, Legal Families and their Classification*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 18–30 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.18.30



### References

Almond G.A., Verba S. (2010) *Grazhdanskaya kul'tura. Podkhod k izucheniy politicheskoy kul'tury [Civil Culture. Approach to Political Culture]*. *Politiya*, no. 2, pp. 122–144.

- Canivet G. (2003) La convergence des systemes juridiques du point de vue privee francais. *Revue internationale de droit compare*, no. 1, pp. 7–22.
- Clark D. (2012) *Comparative Law and Society. Research Handbooks in Comparative Law Series*. Chicago: Willamette University, 480 p.
- David R., Joffre-Spinozi C. (1999) *Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti* [Main Legal Systems in the World Today]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 400 p. (in Russian)
- De Cruz P. (2006) *Comparative Law in a Changing World*. London: West Academic, 488 p.
- Glenn P. (2003) La tradition juridique nationale. *Revue internationale de droit compare*, no. 2, pp. 263–278.
- Husa J. (2004) Classification of Legal Families Today — Is it Time for Memorial Hymn? *Revue internationale de droit compare*, no. 1, pp. 11–38.
- Landskron R. (2008) *Common-Law and Civil-Law Legal Families: a Misleading Categorization*. Bond University, 144 p.
- Lukianov D. (2015) Legal Families Approach: Consistent Patterns and Trends. *European Political and Law Discourse*, issue 1, pp. 189–194.
- Marchenko M. N. (2016) *Pravovye sistemy sovremennogo mira* [Legal Systems of Modern World]. Moscow: Zertsalo, 522 p. (in Russian)
- Muromtsev G.I. (2013) Pravovye sistemy i pravovye kul'tury v sravnitel'no-pravovykh issledovaniyakh [Legal Systems and Legal Cultures in Comparative Law Research]. *Vestnik Rossiyskogo universiteta Druzhby narodov*, no 4, pp. 158–165.
- Reimann M., Zimmermann R. (eds.) (2013) *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Clarendon, 1424 p.
- Supataev M.A. (2012) *K problematike tsivilizatsionnogo podkhoda k pravu (ocherki obshchey teorii i praktiki)* [On Civilization Approach to Law: Essays on Theory and Practice]. Moscow: Yurlitinform, 143 p. (in Russian)
- Versetti A. (2010) *Legal Families in the Modern World: Civil (Romano-Germanic) Law, Common Law and Other Legal Families in the World*. London: Academia, 35 p.
- Zweigert K., Kötz H. (2000) *Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava: Tom I.* [Introduction to Comparative Private Law. Vol. 1]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 480 p. (in Russian)

# Economic Analysis of Law as Implementation of Petrazhycki's Project for Externalist Theory of Legal Policy

---

---



**Gadis Gadzhiev<sup>1</sup>**

Justice, the Constitutional Court of the Russian Federation; Professor, National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg Campus). Address: 1 Senatskaya Square, Saint Petersburg 190000, Russian Federation. E-mail: gadg@ksrf.ru

---



## Abstract

Professor Leon (Lev) Petrazycki contributed significantly to the methodology of law and economics and made Russian legal science famous in Germany with the publication *Die Lehre von Eienkommen* in 1893 and 1895. The book developed the idea that the influence of legal norms should be evaluated not only from the private view but from the point of national economy. Professor Petrazycki and his students Pitirim Sorokin and George Guins may be ranked among the founders of the economic analysis of law established in 20<sup>th</sup> century, which was shown earlier in the monograph *Pravo i ekonomika (metodologiya)* by the author of the paper. The idea of externalism is based on the principle that social and economic factors, i.e. extra scientific make a decisive influence on the development of science. Hence, in studying the history of science, the major task is reconstructing social and cultural conditions (social service) promoting to the development of ideas and theories. The opposite, internalist, approach promotes the idea that science develops only due to inner scientific factors — on the basis of objective logic and of arising and solving economic problems, thanks to the evolution of scholar traditions, create new concepts, solve problems etc. Law has developed two types of argumentation externalist and internalist. Legal positivism calls for the strict adherence to the norms of positive law and excludes other arguments — sociological, economic, moral, historical ones in resolving legal disputes. This is the internalist approach showing the separation of legal space from others (economic, moral etc.). In this regard, the politics of law is something external in terms of law, and the area is intended for politicians. The external type of argumentation allows avoiding extremes and formalism for legal concept. This area of legal science is characterized with open ways of argumentation — sociological and statistical facts, economic rationale, moral arguments. A high idealistic dream of external jurisprudence is in the following: it is necessary to achieve three criteria for legal decisions: legality, efficiency, fairness.

---



## Keywords

legal science, private law, economic analysis, internalistic approach, externalism, efficiency.

---

---

Citation: Gadzhiev G.A. (2017) Economic Analysis of Law as Implementation of Petrazhycki's Project for Externalist Theory of Legal Policy. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 31–45 (in English)

JEL: K10

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.31.45

---

<sup>1</sup> The article was edited and translated by Prof. Edoardo Fittipaldi, to whom I am extremely grateful.

## Introduction

In order to understand the phenomenon of Leon Petrazhycki it is necessary to recall the history of the development of what is called legal science or legal theory in the Russian Empire and especially the role played in this context by the study of Roman law<sup>2</sup>. The history of Russian law is closely related to that of Byzantine law, but beginning in the 18th century, it began to be linked to Roman law as well. The first two professors who came to Moscow teach law at Russia's first university were German professors of Roman law.

During the 19th century, an important role in the development of legal science in Russia was played first (in 1829) by training some Russian students at the University of Berlin and then by the establishment (in 1884–1885) of a Russian Seminar for Roman Law (*Russisches Seminar für römisches Recht*)—still in Berlin<sup>3</sup>. The University of Berlin was chosen because of the dynastic ties between the Romanovs and the Prussian monarchs. The establishment of the Russian Seminar for Roman Law in Berlin for the training of Russian Romanists produced excellent results. Between 1887 and 1896, under the guidance of Heinrich Dernburg and Alfred Pernice, such prominent Russian specialists in private law as David Grimm, Aleksej Guljaev, Leon Petrazhycki, Iosif Pokrovskij, Evgenij Passek, and many others were trained. This was the starting point for Russia's elite tier of legal theorists; and among them, first and foremost, we find Leon Petrazhycki, who gained fame in Europe through his two-volume *Theory of Incomes* published in Germany in 1893 and 1895.

Petrazhycki's *Theory of Incomes* became the center of attention for Russian legal science even before he had published an improved Russian version of some of its parts (especially the appendix to the second volume under the title *Policy of Private Law and Political Economy*, in German).

The works of Russian scholars like Pyotr Gutovic and especially Sergei Muromtcev, who advocated a sociological approach to the development of private law<sup>4</sup>, paved the way for Petrazhycki's contributions. He was also definitely influenced by Anton Menger (1886), who held that, alongside the doctrine of private law, a theory of *legislativ-politische Jurisprudenz* should be developed and that it should focus on issues *de lege ferenda*.

In 1898 at the University of Kazan Gabriël Shershenevic published an essay entitled *The Tasks and Methods of the Theory of Private Law* in which he considered Petrazhycki's *Good Faith in Private Law* (1897, in Russian) and his *Introduction to the Theory of Legal Policy* (2010) and stated that Petrazhycki was the most brilliant exponent of the latest trends in private law.

According to Shershenevic, the most important ideas contained in those works were as follows:

1. alongside the dogma of private law, Petrazhycki proposed creation of a new legal science, namely, the science of the policy of private law which would investigate how private law should be conceived;
2. this new science would not go beyond the historically established boundaries of private law, and so would not address social issues, as these latter come within the domain of public law;

---

<sup>2</sup> *Avenarius M.* Fremde Traditionen des römischen Rechts. Einfluß, Wahrnehmung und Argument des 'rimskoe pravo' im russischen Zarenreich des 19. Jahrhunderts. Göttingen, 2014. P. 776.

<sup>3</sup> See: *Kolbinger F.* Im Schleppeil Europas? Das russische Seminar für römisches Recht bei der juristischen Fakultät der Universität Berlin in den Jahren 1887-1896. Frankfurt am Main, 2004.

<sup>4</sup> *Muromtsev S.A.* Opređenje i osnovnoe razdelenie prava [Definition and Main Division of Law]. Moscow, 1879.

3. the bedrock principle upon which the whole policy of law should rest is benevolence or love;

4. and, most importantly, the influence of legal norms should be evaluated from the standpoint of the overall national economy, and not from the standpoint of the private interests involved.<sup>5</sup>

The first author to call the attention to the similarity between Petrazhycki's ideas and the methodological foundations of the economic analysis of law—sometimes referred to as law and economics—was Tomasz Giaro, who in 2009 had published a series of articles on this subject both in Polish and in Russian<sup>6</sup>. During that same year, an article on that subject by Edoardo Fittipaldi also appeared<sup>7</sup>. For more in support of the idea that Petrazhycki—as well as his pupils Pitirim Sorokin and Georgij Guins—can be regarded as the first herald of the economic analysis of law. In the Russian literature on these topics Artyom Karapetov<sup>8</sup> also mentions Petrazhycki in the context of economic analysis of law.

I would claim that the English literature on the origins of the economic analysis of law can be justifiably criticized for overlooking the fact that Petrazhycki's policy of law (*politika prava*) anticipated many theoretical concepts of the former. I agree with Tomasz Giaro that Petrazhycki was a forerunner of the economic analysis of law, and I shall build a case of my own demonstrating that Petrazhycki actually did create a methodology for an economic analysis of law. To this end I shall make use of legal-philosophical categories, and particularly those of *internalism* and *externalism* applied to the realm of legal phenomena.

In the history of legal science, just as in the history of economic theory, one can discern analogous stages as each discipline strives to become autonomous. This striving for separation—justified by invoking the distinctiveness of both the subject and the methods applied to attaining theoretical knowledge—is both necessary and useful. For legal science, the striving for autonomy of the legal realm may be explained, *inter alia*, by an urge no longer to be a theoretical ancillary to theology. However, as soon as a higher level of understanding of reality is reached, the autonomist pictures of both the legal and the economic world appear to be insufficient. Figuratively speaking, such an evolution can be compared to the transition from black and white to color photography, and then to the stereoscopic representation of reality, when a “third dimension”, namely space, is incorporated. All in all, economic theory has evolved along the same epistemological path as legal theory. During the 18th and 19th centuries, economic theory conceived of “firms” and “economic activity” as completely autonomous phenomena—existing independently of the other aspects of social life, such as law, ethics, and culture in a broad sense.

In the case of legal science, internalism amounts basically to a particular ontological approach to legal categories, understood as having a reality that is self-supporting, or independent of those addressed by other branches of the humanities. Legal science—and especially what is called legal doctrine—has elaborated a relatively uncomplicated method for tackling legal problems that are themselves sometimes extremely complicated. Jurists are accustomed to ignoring Ulpian's admonition that, when considering legal cases, they are concerned with a

<sup>5</sup> It should be recalled that Shershenevic was one of the first jurists to investigate private law by using the methods of economic analysis. See: *Shershenevic G.F. Avtorskoe pravo na literaturnye proizvedeniya* [The Copyright on Literature Works]. Kazan, 1891. 321 p.

<sup>6</sup> *Giaro T. Leon Petrazhycki — osnovopolozhnik ekonomicheskogo analiza prava* [Founder of Economic Analysis of Law] // *Ekonomika. Predprinimatelstvo. Okruzhaiuschaya sreda*, 2009, no 2.

<sup>7</sup> *Fittipaldi E. Bonae fidei possessor fructus consumptos suos facti. Tentative Answers to One Question Left Open by Leon Petrazhycki's Economic Analysis of Law* // *Societas/Communitas*, 2009, no 7, p. 15–36.

<sup>8</sup> *Karapetov A.G. Ekonomichesky analiz prava* [Economic Analysis of Law]. Moscow, 2016. 528 p.

“true philosophy, not a semblance of it” (cf. Dig. 1.1.1.1). However, often they do this unwittingly. As Spektorskij ironically observed, they practise philosophy much as Molière’s *bourgeois gentilhomme* spoke prose for more than forty years without realizing it:

No matter how trivial a minor everyday case of common legal science is, it is still built on premises derived from philosophy and, moreover, of the greatest depth. In the business of the courts there are considerations of ethics and metaphysics, and even of the theory of knowledge—in short, the whole of philosophy<sup>9</sup>

An internalistic approach to legal science rejects such an approach for solving legal problems and affirms that the legal science—thanks to centuries of legal doctrines—has constructed its own legal metaphysics, a metaphysics that makes it possible to solve legal problems from within, that is, by using of arguments with a purely juristic origin. Internalistic legal sciences are popular in continental Europe. Grechenig and Gelter are inclined to see a connection between this popularity and the fact that “the German attitude was profoundly anti-utilitarian and thus hostile to law and economics”<sup>10</sup>.

In my opinion, the fixation on the idea that economic and legal realms are autonomous should now be abandoned. To this end, it is necessary to correct some simplistic and extremely reductionist ideas and to create a more complex picture of reality—a multicolor and stereoscopic one—which portrays economic relations based on the idea that law, economics, and ethics are an indivisible trinity.

This cognitive strategy is a fundamental idea in the study of law and economics or the economic analysis of law. There is nothing destructive or revolutionary in it. Neither legal dogma nor economic theory—each of which has created its own picture of reality of by developing its own theoretical methods—have necessarily to accept compromises with it. However, each of them can benefit from a combination of their respective methods. This would mean that a new subject for a new science—i.e., law and economics—would emerge along with new theoretical methods.

## On Petrazhycki’s externalism in the domain of policy of law

Petrazhycki was a confirmed externalist in developing methodology of his policy of private law. However, he handled “the achievements of juridical genius”<sup>11</sup>, quite carefully, and these were “the settled juridical method—a method that has been predominant for entire millennia”.

According to him, legal policy, as a *science or theory concerned with how law should be conceived* with achievement of the ideal of benevolence or love as its goal is essentially different from legal dogma or doctrine understood as a *science studying positive law*. The object and the method of those two sciences do not coincide. Each of them has its own tasks and domain of investigation. Thus, each of them is to develop its own autonomous method according to its own object. Now, the epistemological methodology for legal policy adopted by Petrazhycki is strikingly similar to the epistemological postulates of the «law and economics» field. On the one hand, according to him, the juristic method used by the dogma of private law aims

---

<sup>9</sup> *Spektorskij E.V.* Jurisprudencia i filosofia [Jurisprudence and Philosophy // Juridicheski vestnik. 1913. P. 63.

<sup>10</sup> *Grechenig K., Gelter M.* The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism // *Hastings International and Comparative Law Review*, 2008, no 1, p. 296.

<sup>11</sup> *Petrazhycki L.* Teoria i politica prava. Izbrannye trudy [Theory and Policy of Law. Selected Works]. Moscow, 2010. P. 29.

at disclosing the true meaning of legal provisions (interpretation), and at extracting general principles and concepts from specific provisions by using the general method of abstraction, and then at deriving from those general principles and concepts new norms for private law or specific rulings in concrete legal disputes<sup>12</sup>. As he argued in *Modern Slogans in Jurisprudence*, if we were to leave the firm ground of positive law and “freely” relate to the sources of law, then, instead of a firm and solid foundation for the people’s legal life—that which legal dogma should be—a tower of Babel would arise and inevitably be doomed to fall. As far as the epistemology of legal dogma was concerned, he praised Puchta and Windscheid, and strived for the purification of the method of legal dogma from extraneous contaminants, and he placed great emphasis on the purity of its method.<sup>13</sup> But Petrazhycki could not help observing that “...usually jurists try to prove that black is white”<sup>14</sup>, that is to say, that they try to prove that their interpretations are in accordance with the meaning of the legal sources and do so even when the error of their contrivances and the sophistry (*sofizm*) involved in them would be obvious to any impartial observer. In this regard, he adds that “...this phenomenon is contrary to the necessities of ethics and aesthetics, and to the essence of science, which is to uproot lies and strive for truth”<sup>15</sup>.

Needless to say, according to Petrazhycki, this holds not only for legal dogma but also for legal policy, which according to him is also determined ethically. But what is the content of the methodology of legal policy? Having conceded that the novelty of legal policy is quite a relative one, he writes that it should be based, on the one hand, on materials that in his time were customarily collected and presented under the rubric of philosophy of law or compendium of law” (*Filosofia i enciklopedia prava*), and, on the other hand, on materials to be found in the history of law.

However, he also observes that many domains of legal policy should be studied using the methods and theories developed by political economy, which he regarded as the “most satisfactory of the social sciences”<sup>16</sup>. Long before the works of John Commons, Aaron Director and subsequently Ronald Coase, Guido Calabresi, Richard Posner, Gary Becker, Thomas Ulen etc., Petrazhycki wrote that the methods devised by the study of economics for the investigation of law show great promise and are extremely useful for jurisprudence. He expressly criticizes the professors of private law of his time for their unwillingness and inability to make use of the results and methods created and employed by economics.

One can but wonder that English-speaking scholars did not notice the similarity between the epistemological, ontological, and axiological foundations of Petrazhycki’s legal policy and the economic analysis of law.

Where do I see a similarity between the axiological foundations of contemporary economic analysis of law and Petrazhycki’s policy of law? As is well known, he held that the object of the policy of private law is the legal mechanisms making up decentralized economic systems<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Petrazhycki L. *Teoria gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Saint Petersburg, 1909.

<sup>13</sup> Petrazhycki L. *Modnye lozungi jurisprudencii* [Modern Slogans in Jurisprudence] / Petrazhycki L. *Prava dobrosovestnogo vladeltza na dochody s toчек zrenia dogmy i politiki grazhdanskogo prava* [Rights of Bona Fide Owner for Income from the View of Civil Law Dogma and Policy]. Moscow, 2002. P. 376. Hans Kelsen would use these very same terms many years later. Some argue that Petrazhycki’s methodological purity as applied to legal dogma may be regarded as even purer than Kelsen’s. See: *Fittipaldi E.* Op. cit. P. 35.

<sup>14</sup> Petrazhycki L. *Theory and Policy of Law...* P. 31

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid. P. 459.

<sup>17</sup> Ibid. P. 42.

Decentralized systems emerge because of equality before the law, the economic independence of economic decision-making entities, and the absence of a unified plan of economic action.

Here is how Petrazhycki characterizes the main task of the policy of private law relative to policy of law in general:

Its specific and immediate task is of an economic nature, namely, the improvement of the decentralized systems of legal organization of national economies in terms of achieving the best possible results in this domain, and thus both from the standpoint of the magnitude of the national wealth (the amount of means available for the satisfaction of needs) and from the standpoint of distribution.

But, since the policy of private law is subordinated to legal policy in general, the aforementioned task should be subordinated to the general ideal of legal policy. Therefore, one should constantly consider whether the expected economic result in the domain of production or in the domain of distribution corresponds to the general ideal of policy of law and culture. Further, the norms of private law have an ethical and cultural relevance not only because of the economic results they produce but also indirectly, specifically because they elicit one motivation over another, etc. Therefore, it is clear that the task of the legal-political critique of a certain legislative project, to take one example, consists, first, of the assessment of its economic impact, and, second, of its, so to speak, second-level ethical evaluation.<sup>18</sup>

This means that the evaluation of the regulatory impact of given legal norms is to be made by means of the method of legal policy and should consist *first of all* of the assessment of their “economic impact”, that is to say, their economic efficiency. In fact, Petrazhycki writes that:

if, for example, from the standpoint of the ideal [of benevolence or love], we regard as sufficiently justified the general principles according to which an increase in the national wealth or a more uniform distribution thereof is a desirable phenomenon, then, when studying special issues we can adopt those principles as solid starting points [*dannye*]. For example, in a concrete case it is sufficient to point out that a certain legal norm would be useful from the standpoint of successful production or from the standpoint of a more egalitarian distribution without always reverting to the essence and the purpose of civilization and law [respectively]<sup>19</sup>.

Thus, when it comes to his policy of private law, we can conclude that its axiological foundation amounts to the choice of decentralized production, the absence of a single plan, the economic freedom of producers, freedom of contract, and legally protected private property.

## **Economic Analysis of Law as the Implementation of Petrazhycki’s Program for Policy of Law**

Let us now compare these ideas with the axiological basis of the economic analysis of law. That discipline analyses human behavior within the economic sphere. The economists of that school borrow their basic methods for the investigation of the legal norms regulating economic relations from the theory of rational choice. The point of departure for this theory is the assumption that, in a situation with limited resources, human beings are utility maximizers. Economic analysis of law investigates legal norms as tools for enabling the removal of so-called market failures.

When addressing the essence of the methodological approaches making up the content of the theory of rational choice, these economists unanimously agree that its basis is methodological individualism, according to which the fundamental object of analysis—much as for Petrazhycki—is human behavior. On that basis these economists assume the existence of multiple

---

<sup>18</sup> Ibid. P. 43.

<sup>19</sup> Ibid.

markets (e.g., the marital market) which had not been investigated previously. Legal norms are regarded as containing or setting specific prices for each variant of human behavior<sup>20</sup>.

In the 20th century Armen Alchian and Ronald Coase attempted to invert the ranking of values in the domain of legal norms by putting economic efficiency ahead of justice.

It is well known that Coase formulated one of the most fundamental principles of the law and economics movement: When it is possible to sell and buy enforceable rights, a rearrangement of them through transactions in the market of their initial allocation will always take place, if it will lead to the ascription of those rights to those who value them the most<sup>21</sup>. But Coase made a very important addition to his theorem, stating that it holds only in the absence of transaction costs. When transaction costs are high, transfers of rights will rarely take place. Coase's example is that of a factory emitting smoke into the neighboring private space. Those affected by the smoke may be quite numerous, and if the owner of the factory were to negotiate the purchase of the right to cause damage to each of his neighbors, he would find that the transaction costs are exorbitant. They might turn out to be so high as to cause the owner to agree to levels of pollution that restrict maximum efficiency, or even to prevent any transaction whatsoever from being entered into with the owners of the adjoining private spaces.

This inevitably leads to the conclusion that both the law-making bodies and the courts should be guided not only by legal logic but also by economic logic when making decisions, and, above all, by considerations of economic efficiency, which Petrazhycki (and Shershenevic) called the "the viewpoint of national economy" (i.e., the idea that the influence of legal norms should be evaluated within the policy of law from the standpoint of the national economy, rather than from that of private economic interests).

If the participants in a given transaction do not foresee the consequences of various kinds of risks, if there is no legal provision for such a case, and if the costs of negotiation—or transaction costs—are high, the problem of the distribution of risks must necessarily be addressed by the courts. Is there an economic normativity—that is, a set of imperatives—that issues from economic efficiency rather than a legal normativity? Yes, there is<sup>22</sup>. Courts should allocate the risks—and the losses possibly connected with them—among the parties in the transaction in a manner that makes contractual relations and the future behavior of entrepreneurs efficient from the standpoint of society as a whole—i.e., efficient from the standpoint of the national economy.

Actually, this is the very starting point of any economic analysis of law: the result of a creative normative decision must be a rule according to which the losses should be borne by the party in the transaction that is able to bear the risk of losses with less costs from the standpoint of the national economy. As we know, as early as 1924 (and long before the American economic analysis of law was developed), John Commons wrote "transactions have become the meeting place of economics, physics, psychology, ethics, jurisprudence and politics"<sup>23</sup>.

This is what Commons wrote in the first chapter of his *Legal Foundations of Capitalism*:

Since transactions are the economic units, and working rules are the principles on which the Supreme Court of the United States has been working over its theories of property, sovereignty and value, and

<sup>20</sup> Becker G. *Economic Approach to Human Behavior*. Chicago, 1978. P. 230.

<sup>21</sup> Coase R. *The Problem of Social Cost* // *Journal of Law and Economics*, 1960, no 3, p. 1–44.

<sup>22</sup> Schäfer H. *Allokationseffizienz als Grundprinzip des Zivilrechts* / C. Ott & H. Schäfer (eds.) *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung. Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts* 1988. Berlin, 1989.

<sup>23</sup> Commons J. *Legal Foundations of Capitalism*. New York, 1924. P. 394.

since that court occupies the unique position of the first authoritative faculty of political economy in the world's history, we shall begin with the court's theory of property, liberty and value. For it is mainly upon that theory that modern business is conducted and that American legislatures, executives and inferior courts are held in conformity to the Constitution of the United States, which, as latterly interpreted by the Supreme Court, prohibits the taking of property, liberty or value without due process of law or equal protection of the laws<sup>24</sup>.

A court is like a third party in a transaction and, when arriving at a decision, it does not act based on mere whims or eccentricities. Commons held that it is guided by an ideal of supreme justice, which coincides with social economic efficiency. The most important decisions of the US Supreme Court often adopted unconsciously, or intuitively, by judges who were thinking in an economic way. Alongside the purely legal arguments, as well as conscious economic and ethical ones—which may be permissible as well according to a given legal order— it is possible to detect the working of unconscious, or intuitive, thinking by judges. One of the first authors to call the attention to this phenomenon was precisely the founder of institutional economics, John Commons. In his *Legal Foundations of Capitalism* he wrote about the crucial role played by judicial creativity in the development of the US economy. He demonstrates that it would be no exaggeration to say that the success of the American capitalism can be explained to a large extent by the fact that the Supreme Court adopted important decisions having major economic consequences. The sum of those decisions makes up a legal infrastructure that has fueled rapid economic development. Nothing favored the economic development of the US as much as the economically rational judicial decisions of the Supreme Court. This is probably why James Buchanan<sup>25</sup> said, as early as in the second half of the 20th century, that those wise judicial decisions, along with the laws, constitute so-called social capital, because of which the United States won out in the world contest for economic supremacy. The Supreme Court became a force that creates important economic rules which turn out to be the foundation of business. However, institutional economics investigates not only the Supreme Court itself as an institution creating norms, but also judicial precedents in general.

Of course, one cannot help associating these well-known statements with the Petrażyckian idea (an idea that he expressed many times and that he considered very important) “of ‘the instinctual political economy’ [*instinktivnaja političeskaja ekonomija*] of Roman jurists, i.e., ... the *unconscious* economic efficiency [*dejatelnost'*] of Roman law”<sup>26</sup>

Petrażycki points to the unconscious economic wisdom (*mudrost'*) of the institutions of Roman private law and holds that the study of that wisdom may transform that unconscious economic element of Roman law into a series of conscious thoughts.

He addresses the idea of the unconscious economic wisdom of Roman law in several writings including his critique of the provisions of the first draft of the German BGB. An example is what he writes about the way Roman law regulated the relationship between debtor and creditor with regard to loans. He writes<sup>27</sup> that a deadline for returning the money loaned is usually agreed upon—e.g., a month, a year, etc. The debtor hopes to be able to secure the necessary sum of money by that deadline. The creditor assumes that when that same deadline arrives he will need that sum of money. But it often happens that, when the deadline expires, the creditor has no specific need of the money—and is not even interested in having his legal claim immediately

---

<sup>24</sup> Ibid. P. 7.

<sup>25</sup> Buchanan J. *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*. Indianapolis, 2000.

<sup>26</sup> Petrażycki L. *Theory and Policy of Law...* P. 47; *idem*. *Rights of Bona Fide Owner...* P. 270.

<sup>27</sup> *Idem*. *Theory and Policy of Law...* P. 126.

satisfied—whereas the debtor may have to struggle to repay it. According to Petrazhycki, there is no doubt that creditors often have a lenient attitude about the immediate payment of debts, and this fact has a beneficial impact both morally and an economically. How many families and productive companies would have been ruined, if creditors had never paid attention to their debtors' interests and had always deemed it necessary to obtain an immediate payment!

If a given economic good —e.g., the object of an obligation—has more value for the economic organization of the debtor than for that of the creditor, its temporary stay in the economic organization of the debtor brings her more utility than the utility the creditor would gain by means of its immediate transfer to his own economic organization. Such considerations from the viewpoint of overall social economic efficiency Petrazhycki called *theorems (teoremy)*.

The more the creditor is interested in an immediate payment—i.e., the greater the subjective value that good has for her at a given time—the smaller the probability that she will postpone claiming that good to a later time. On the other hand, the utility of the postponement of the request to a later time and of not pressing the debtor increases along with the importance to the debtor of that behavior on the part of the creditor, hence the greater the utility the debtor gains from the postponement, the greater the damage averted by postponing payment. When economic goods are allocated where they satisfy the most intensive needs, national prosperity increases or its decrease is prevented. Based on these considerations, Petrazhycki argued against the rule *dies interpellat pro homine* (inserted in the project of the BGB) and argued for the requirement of the *interpellatio* as a more efficient economic solution—namely, the solution that was unconsciously arrived at by Roman jurists.

The idea of evaluating legal norms or judicial rulings “from the standpoint of the national economy” was used by him also to formulate a theory of economic crises. Owing to space limitations I will not address this issue. I shall confine myself to recalling that Petrazhycki worked several years on this problem, and that in 1911 he published *Stocks, Speculation, and a Theory of Economic Crises*. The author's main idea is that, in our age of economic crises, of dependence of productive companies on the use of credit, legal institutions should strive in a particularly careful way to preserve the integrity of the entrepreneurial structures. There is clearly an abundance of norms in contemporary corporate laws aimed at preserving the integrity of the asset base of a corporation. He wrote that jurists should pay more attention to the economic impact of the institutions of private law.

Sometimes legislators confine themselves to codifying independently existing economic systems which came into being historically and which are part of economic normativity. This is why, for example, the legislators of various countries and of various historical ages were influenced by the prevailing economic system and of the need for a rational use of limited economic resources, such as land, when they designed the rules of inheritance law. This is why, as early as the beginning of the Middle Ages, first customary law and then statutory law arranged the inheritance of land so as to avoid excessive fragmentation (so-called land parcelization). And this is why estates passed by inheritance only to the oldest son while the other sons were left to join the church or the military.

Basically, many conclusions arrived at by modern law and economic studies based on the Coase theorem were already formulated by Leon Petrazhycki.

When the former socialist countries faced the problem of finding a way to privatize state property, the Coase theorem provided an answer to the fundamental question of to whom and how state property should be transferred. According to the Coase theorem, the circumstances that are of crucial importance for jurists when it comes to regulating the transfer of state property to private hands are not very important from an economic standpoint, provided that legal

conditions are created for an optimal—as regards allocative efficiency—selection process for owners that is, for example, free from abuse of insider information and shows due respect for the principle of equality, etc. To be sure, the history of voucher privatization of state property in Russia (1992–1994) confirmed the Coase theorem only partially because the citizens holding the vouchers sold them immediately for a pittance to those who had the capital to buy them, and these subsequent owners were not always the allocatively efficient owners (speculators hardly qualify as allocatively efficient owners).

Coase proposed a completely new normative source for judicial decision-making. In addition to the traditional sources of law—that is, primary or secondary legislation (in the British technical sense of those terms) and judicial precedents from which the courts commonly extract the norms necessary to support their juristic syllogisms—Coase proposed economic efficiency as a completely new source of norms that the courts should take into account:

when market transactions are so costly as to make it difficult to change the arrangement of rights established by the law...the courts directly influence economic activity. It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this *is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself*, take these consequences into account when making their decisions. Even when it is possible to change the legal delimitation of rights through market transactions, it is obviously desirable to reduce the need for such transactions and thus reduce the employment of resources in carrying them out.<sup>28</sup>

The whole structure of traditional legal science was shaken by Coase's proposal. No one had previously dealt such a serious blow to juristic thinking. However, one should bear in mind Coase's caution where he adds the qualification that his advice should be followed insofar as that is possible without creating too much legal uncertainty. This qualification testifies of his extensive knowledge not only of economics but also of law, as at the top of his value pyramid he put the principle of the rule of law, one aspect of which is legal certainty. Law must also be certain in the sense that the courts' decisions should be predictable, and that is possible when the decisions of the courts are restricted either by a system of legal provisions adopted by the legislature and the government and/or by a system of judicial precedents.

Oddly enough, economic theory and law did not come into conflict because of an economist like Ronald Coase, but instead because of a jurist, Richard Posner, who was first a professor at the Chicago Law School and then judge of the US Court of Appeals for the Seventh Circuit. It was Posner who proposed the concept of economic efficiency as a legal norm, thus prompting the debate with Ronald Dworkin<sup>29</sup>. The core of Posner's proposal can be summarized as follows.

When transaction costs are low and property rights are specified and can be transferred, the legal system does not affect efficiency because the various parties can always reach an efficient solution by negotiating. Where costs are high, the rules should be made in such a way that incentives are created for reaching an efficient outcome without negotiations and its attendant costs. It follows that the rules of common law should be regarded as a set of quasi-contracts; that is, they should mimic the contractual decisions the parties would adopt if the transaction costs were negligible.

Posner's position also led to a fierce debate on whether economic efficiency is a legal value. He holds, just as Commons does, that in arriving at decisions on economic issues the Ameri-

---

<sup>28</sup> Coase R. Op. cit. P. 90.

<sup>29</sup> Posner R. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory // The Journal of Legal Studies, 1979, no 1, pp. 103–140; *idem*. The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication // Hofstra Law Review, 1980, no 8, pp. 487– 507; Dworkin R. Is Wealth a Value? // The Journal of Legal Studies, 1980, no 9, pp. 191–226; Fittipaldi E. Op. cit. P. 36.

can courts—within a common law system based on judicial precedents—were functioning as virtual economists and that they were often guided not by precedents, but by economic norms such as efficiency rather than justice. In response to the critiques from legal theorists—most prominently, Ronald Dworkin—Posner writes:

“Justice” ... [s]ometimes ... means efficiency. We shall see, among other examples, that when people describe as unjust convicting a person without a trial, taking property without just compensation, or failing to make a negligent driver answer in damages to the victim of his negligence, this means nothing more pretentious than that the conduct wastes resources.... Even the principle of unjust enrichment can be derived from the concept of efficiency.... And with little reflection, it will come as no surprise that in a world of scarce resources waste should be regarded as immoral<sup>30</sup>

Now it does not seem to me an exaggeration to state that the following three Petrazhyckian statements—and especially the third one—anticipated the Coase Theorem:

1. “[T]he fact that economic goods remain where they satisfy the most intensive needs increases the national prosperity or prevents its reduction”<sup>31</sup>;

2. “[P]rivate law... is built to favor the movement of economic goods wherever those goods have the highest value and utility. In general, the implementation of the rules of private law leads to an increase of national prosperity and to a multiplication of economic goods, transferring objects to those individuals who are able to extract from them a particularly high utility from the standpoint of production or consumption (to the appropriate recipient [*podhodjaščij destinatar*])”<sup>32</sup>;

3. The larger the legal-political “errors in the assignment of economic goods... the more vigorously psychological forces will oppose [the corresponding] law, and the more important it will be for the parties to ignore it and to arrange things differently by mutual agreement on a voluntary basis”<sup>33</sup>.

It is worth evaluating Petrazhycki's ideas from the perspective of contemporary consequentialism<sup>34</sup>. Consequentialism holds that practical activities should be evaluated based on the consequences they produce. It came to be applied in legal science: (1) from the standpoint of economics in the analysis of the economic impact of a normative act, and (2) from the standpoint of ecology in the analysis of the impact of a normative act may have on the environment and on technology.

No one disputes the legitimacy of the principle of analyzing the regulatory impact of legislation.

On the other hand, the possibility of using consequentialism in relation to judicial decisions was controversial. In my opinion, if we distinguish different kinds of judicial decisions and focus on “strategic” or “normative” judicial decisions—i.e., the judicial precedents of the supreme and constitutional courts—consequentialism can also be applied to them.

There is an essential difference between the traditional juristic method for evaluating the impact of norms and the economic method. The former adopts a retrospective standpoint, whereas the latter adopts prospective one. Jurists evaluate the impact of norms after a fact (a “case”) has taken place. Mathis observes that the focus is on the direct consequences at a

<sup>30</sup> Posner R. *Economic Analysis of Law*. 9th ed. New York, 2014. P. 34–35.

<sup>31</sup> Petrazhycki L. *Theory and Policy of Law...* P. 128

<sup>32</sup> *Idem*. *Rights of Bona Fide Owner...* P. 206

<sup>33</sup> *Idem*. *Theory and Policy of Law...* P. 148.

<sup>34</sup> Mathis K. *Consequentialism in Law. Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Dordrecht, 2011.

micro-level when the consequences of a judicial decision are examined. The macro-level consequences are typically not examined by ordinary judges. The judicial decisions arrived at by the justices of the supreme or constitutional courts are exceptions because those courts are concerned with balancing rights and/or legal interests having the same status by means of the principle of proportionality.

From the standpoint of the economic analysis of law, the focus is on the economic consequences of judicial decisions on a macro-level, that is, at the level of the national economy, and especially on its impact on future behavior. While the criteria of evaluation have a juristic, normative character for a retrospective assessment, it is the efficient allocation of resources that matters for a prospective one.

Nicolas Luhmann holds that it is necessary to relieve the judiciary of the burden of responsibility for the consequences of judicial decisions. He argues that consequentialism may jeopardize the dogmatic or doctrinal independence of the legal system and interfere with the adoption of decisions<sup>35</sup>. In my opinion Luhmann makes the mistake of ignoring the philosophical distinction between the *general* and the *particular*. Many decisions adopted by the courts of highest instance can be considered from two different viewpoints depending on whether (1) a case is regarded as something unique or unrepeatable, or (2) it is regarded as a template that can provide guidance when considering analogous cases<sup>36</sup>. A judicial precedent is a particular judicial decision from which it is possible to extract general norms for analogous cases.

In Petrazhycki's writings we can find exceptionally interesting considerations in regard to the discussion opened by Luhmann. I am thinking of Petrazhycki's critique of Jhering's "practical jurisprudence" to be found in his *Theory of Incomes*, his *Trendy Slogans in Jurisprudence*, and his *Introduction to the Science of Legal Policy*. According to Petrazhycki, Jhering and his followers regarded private law as merely a tool used by the courts. They held that for legal practitioners law should be precisely a judicial tool easily amenable to manipulations, and this constitutes the whole of so-called "practical jurisprudence" (*praktische Jurisprudenz*).

In his critique Petrazhycki offers some general considerations in regard to the way the norms of private law should be evaluated. He argues that

it is necessary to shift the focus to the domain of a different "practicality" [*praktika*] in light of the fact that the essence of private law does not consist of the "protection" of the interests of the citizens but of the positive organization of a decentralized system for a national economy (or of a decentralized social structure, if we are to speak also of such non-economic matters as marital relations, paternal authority, etc.) and of its positive impact on character and especially on people's ethics<sup>37</sup>.

Thus, if Luhmann sought to defend legal dogma against attempts to "water it down"—and rightly so—Petrazhycki also defended the independence of legal dogma by distinguishing it from legal policy<sup>38</sup> and also by initiating the evaluation of the norms of private law from a legal-political viewpoint. In this connection, it is worth recalling that, when Petrazhycki considered the teaching method proposed by Jhering—a method based on the solution of practical cases—he found Jhering's approach extremely useful for students because it "shows them how abstract

---

<sup>35</sup> Luhmann N. *Rechtsoziologie. Sociological Theory of Law*. London, 1985. P.232; Mathis K. Op. cit. P. 8.

<sup>36</sup> More on this can be found in: Weinreb L. *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*. Cambridge, 2016.

<sup>37</sup> Petrazhycki L. *Theory and Policy of Law*...P. 171.

<sup>38</sup> Fittipaldi E. *Nauka na sluzhbe u printcipa zakonnosti: kriticheskaya zaschita kontsepcii juridicheskoi dogmatyki Lva Petrazhitskogo* [Science as Servant of Law: A Critical Defence of Legal Dogma Concept of Lev Petrazhycki // *Pravovedenie*, 2013, no 5, p. 48–76.

legal concepts are relevant and have an absolutely real impact on life<sup>39</sup>. On the other hand, he observes that “such explanations should be...sharply distinguished from the legal-political evaluation of legal norms”<sup>40</sup>.

As Petrazhycki writes:

[B]y pointing out what particular and concrete decisions are contained in a given legal concept or a general provision, we are not yet in any way touching a completely different question—let alone solving it. This is the question of whether or not that general provision is rational from the standpoint of legal policy<sup>41</sup>.

He<sup>42</sup> explains that it is necessary to assess the rationality of the provisions of private law “from the standpoint of political economy”, and he comes to the following conclusion:

In general, the freedom of contract, both from the standpoint of the success a national economy and from a pedagogical one, is a necessary condition for the success and completion of a decentralized [economic] system (the same holds for the freedom to exercise property rights, for the freedom of movement of individuals, to some extent for testamentary freedom, etc.). Further, it should be noted that, in general, a policy aimed at limiting the freedom of the individual, property, or contracts by means of private-law or public-law legislation in the pursuit of so-called social goals, thus leading to a more extensive and intensive state intervention in economic life (for example, the conversion of a certain sector of production, trade, etc., into a state monopoly), is not equally appropriate for every kind of national mentality. If the mass of people has not yet arrived at the stage of the *bonus pater familias* in sufficient numbers and the state therefore does not have enough suitable personnel at its disposal, then from both an economic viewpoint and from a pedagogical one, [economic] decentralization is useful. For the same reason the private freedom of firms [*hozjajstva*] is useful, while the expansion of state economy [*hozjajstvo*] certainly is not<sup>43</sup>.

This piece of advice remains very pertinent for contemporary Russia.

## Conclusion

It is of paramount importance to find precise words to characterize the very evident connection between Petrazhycki's legacy and the economic analysis of law. Perhaps it is an exaggeration to state that he belongs among the founders of this scientific tradition. A more appropriate word might be “forerunner”. I argued that contemporary economic analysis of law, or law and economics, may be regarded as the implementation of Petrazhycki's dream of a new science of legal policy. It is unknown to me whether Commons, Calabresi, Posner, and Ulen are acquainted with his works. Most probably they are not, but that is beside the point. What matters is that there is a clearly discernible chain of ideas that becomes apparent if we consider the goals pursued by those scholars. Petrazhycki's teachings on the policy of law and economic analysis of law are links in the unitary intellectual chain of contemporary rational legal science or theory. The first links were already forged in the Middle Ages in the works of philosophers and mathematicians and—much later—in those of jurists. Leibniz, Pufendorf, von Savigny, and Petrazhycki, as well as Commons, Posner, Buchanan, Becker, Coase, and Calabresi have basically set themselves a single goal: to bring a more rational order to conceptions related to law,

---

<sup>39</sup> Petrazhycki *L. Theory and Policy of Law...* P. 159.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Ibid. P. 166.

<sup>43</sup> Ibid.

to create a non-formalistic legal science (as an alternative or as a supplement—in Petrazhycki's case—to legal dogmatics or doctrine), to rid that science of excessive fictions, and—most importantly—to change the cognitive methods for the study of law. Perhaps, a way to connect Petrazhycki and modern economic analysis of law can be found in Michel Foucault's *Archeology of Knowledge*<sup>44</sup>. Foucault is well known for advocating an “archeological” or “genealogical” analysis of ideas dealing with a subjectless space and so amounting to a form of history of the formation of scientific knowledge and discourses which does away with the need to invoke the subject.



## References

- Avenarius M. (2014) *Fremde Traditionen des römischen Rechts. Einfluß, Wahrnehmung und Argument des 'rimskoe pravo' im russischen Zarenreich des 19. Jahrhunderts*. Göttingen: Wallstein, S. 776.
- Becker G. (1991) *A Treatise on the Family*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 329 p.
- Buchanan J. 2000 [1975]. *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*. Indianapolis: Liberty Fund, 261 p.
- Coase R. (1960) The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, no. 3, pp. 1–44.
- Commons J. (1924) *Legal Foundations of Capitalism*. N.Y.: MacMillan, 394 p.
- Dworkin R. (1980) Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, no 9, pp. 191–226.
- Fittipaldi E. (2009) Bonae fidei possessor fructus consumptos suos facti. Tentative Answers to One Question Left Open by Leon Petrazhycki's Economic Analysis of Law. *Societas/Communitas*, no. 7, pp. 15–36.
- Fittipaldi E. (2013) Nauka na sluzhbe u printsipa zakonnosti: kriticheskaya zashchita kontseptsii yuridicheskoy dogmatiki L'va Petrazhitskogo [Science and Legality Principle: Critical Defence of Concept of Leon Petrazhycki Legal Dogma]. *Pravovedenie*, no. 5, pp. 48–76.
- Gadzhiev G.A. (2016) *Pravo i ekonomika (metodologiya)* [Law and Economics: Methodology]. Moscow: NORMA, 256 p. (in Russian)
- G'yaro T. (2009) Leon Petrazhitskiy — osnovopolozhnik ekonomicheskogo analiza prava [Leon Petrazhycki, Founder of Economic Analysis of Law] *Ekonomika. Predprinimatel'stvo. Okruzhayushchaya sreda*, no. 2.
- Grechenig K., Gelter M. (2008) The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism. *Hastings International and Comparative Law Review*, no. 1, pp. 295–360.
- Karapetov A.G. (2016) *Ekonomicheskij analiz prava* [The Economic Analysis of Law]. Moscow: Statut, 528 p. (in Russian)
- Kolbinger F. (2004) *Im Schleppseil Europas? Das russische Seminar für römisches Recht bei der juristischen Fakultät der Universität Berlin in den Jahren 1887–1896*. Frankfurt am Main: Klostermann, 251 S.
- Mathis K. (2011) *Consequentialism in Law. Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Dordrecht: Springer, 240 p.
- Menger A. (1886) *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*. Stuttgart: Cotta, 171 p.
- Muromtsev S.A. (1879) *Opredelenie i osnovnoe razdelenie prava* [Definition and Fundamental Separation of Law]. Moscow: Mamontov, 240 p. (in Russian)
- Petrazhycki L. (1893-1895) *Die Lehre von Einkommen. Vom Standpunkt des gemeine Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für der Deutsche Reich*. Berlin: Müller.

---

<sup>44</sup> Foucault M. *L'archéologie du savoir. The Archeology of Knowledge and the Discourse on Language*. New York, 1972.

- Petrazycki L. (1911) *Aktsii. Birzhevaya igra i teoriya ekonomicheskikh krizisov* [Shares. Stock Exchange Play and Economic Crisis Theory]. Saint Petersburg: Merkushev, 318 p. (in Russian)
- Petrazycki L. (1909) *Teoriya gosudarstva i prava. Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriey npravstvennosti* [Theory of State and Law vs. Moral Theory]. Saint Petersburg: University, 401 p. (in Russian)
- Petrazycki L. (2002) *Prava dobrosovestnogo vadel'tsa na dokhody s tochek zreniya dogmy i politiki grazhdanskogo prava* [Rights of Bona Fide Owner to Profits in Terms of Civil Law]. Moscow: Statut, 800 p. (in Russian)
- Petrazycki L. (2010) *Teoriya i politika prava. Izbrannye trudy* [Theory and Polisy of Law. Selected Works]. Moscow: Yuridicheskaya kniga, 1104 p. (in Russian)
- Pokrovskiy I. A. (2013) *Osnovnye problemy grazhdanskogo prava* [Main Issues of Civil Law]. Moscow: Statut, 563 p. (in Russian)
- Posner R. (2006) Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument. *Cornell Law Review*, vol. 91, pp. 761–774.
- Posner R. (2014) *Economic Analysis of Law*. N.Y.: General Publishing, 311 p.
- Radbruch G. (2011) [1932] *Rechtphilosophie*. Heidelberg: Müller, 455 S.
- Weinreb L. (2016) *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 188 p.

# Sources of Law in a Religious Legal System: Common Paradigm Behind External Differences

---

---

 **Alexander A. Vishnevskiy**

Professor, Department of Civil and Business Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: aavishnevsky@mail.com

---

## **Abstract**

The article analyses the different sources of religious legal systems, principally the sources of the canon law of the Christian church, and it discovers a common paradigm shared by the seemingly different sources of different religious legal systems developed within the Judeo-Christian Biblical legal tradition. The author analyses, on the one hand, the decretal letters of the popes, which formed the main part of the medieval corpus of canon law in the Western Church; and, on the other hand, the writings of the Holy Fathers in conjunction with the imperial legislation and the canons of the Church Councils in the Eastern Church. This analysis elucidates a common paradigm for both traditions of canon law, which may be characterized as an 'authoritative-instructive' paradigm. The article shows that the instructive 'pole' within that paradigm is a distinctive feature of a religious legal system as such, and goes on to demonstrate its existence in the predecessor of the Christian legal tradition—Jewish law—and to outline similar features in such sources of Jewish law as rabbinic rulings, the King's Law (the enactments of secular rulers in the context of the Halakha) and the responsa. The key point is that the common paradigm expresses itself in a seemingly different manner mostly in response to external factors—the political, social, and cultural differences between the societies in which each respective system of religious law operates—and not because of religious or theological differences in the actual teachings of the religious legal systems.

---

## **Keywords**

Canon law, Jewish law, church, religious legal system, sources of religious law, legal traditions.

---

---

Citation: Vishnevskiy A.A. (2017) Sources of Law in Religious Legal System: Common Paradigm behind External Differences. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 46–58 (in English)

JEL: K10

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.46.58

It can be taken as a settled fact that the sources of law in different religious legal systems substantially differ from each other. Our thesis is that there is a common paradigm behind this apparent diversity.

Let us consider the canon law of the Christian church. The historical development of canon law split into two main traditions—Western canon law and Eastern canon law, or Catholic and Orthodox canon law<sup>1</sup>. This dual path of development was not present from the very beginning

---

<sup>1</sup> One can challenge the accuracy of this statement based on the existence of Catholic canon Law of the Eastern churches. Although that is true, for the purposes of this article it seems reasonable to disregard the marginal traditions of canon law.

of the history of canon law. Initially the Ancient Church created a common corpus of canons applicable to the whole church, which consisted of the canons of the Church Councils. These were specifically:

— canons of the Ecumenical Councils: First Council of Nicaea in 325 CE, the First Council of Constantinople in 381, the First Council of Ephesus in 431, the Council of Chalcedon in 451, the Second Council of Constantinople in 553, the Quinisext (meaning the fifth and sixth, but not considered ecumenical in the Eastern Church because no canons were adopted) in 692, the Third Council of Constantinople in 680-681, and the Second Council of Nicaea in 787;

— canons of certain provincial councils, including Ancyra, Gangra, Neo-Caesarea, Antioch, Laodicea, Sardica, and Carthage;

— the so-called Apostolic Canons, a selection of 85 rules on church discipline and organization that derive their name from the traditional understanding that these canons were devised by the apostles themselves and conveyed to Pope Clement I.

These canons touched upon a rather wide range of issues, such as Church hierarchy including sacred hierarchy (bishops, presbyters, deacons) and Church organization (separate churches headed by bishops, metropolitan provinces headed by metropolitans); questions of discipline concerning the clergy and the laity; the matrimonial law of the Church; certain aspects of the monastic life; and finally, numerous issues surrounding heresies, ecclesiastical crimes and ecclesiastical courts. All these canons formed the foundation of the legal agency of the Church and of the later development of canon law.

But this initial corpus developed differently in the East and in the West, and our thesis is that these differences are in fact different manifestations of processes common in substance.

These differences are evident in many respects, and one of them is the difference in the sources of law. Although this difference is not absolute, insofar as both traditions are based on sacred scriptures (the Bible, mostly the New Testament), as well as on the canons of the Ancient Church (*jus antiquum*), it is still substantial. It might even be stated that various courses and textbooks on canon law<sup>2</sup> take these differences and a substantial degree of conflict between them for granted. And it is true that in our own era the Roman Catholic Church has a code of systematized canon law which is absent from the Orthodox tradition.<sup>3</sup> During the Middle Ages and even earlier we find papal decretals in the West and the rules of the Holy Fathers<sup>4</sup> in the East. From an external viewpoint, there are different sources of canon law in the Eastern and Western traditions.

There is more than just a difference in the sources of canon law. That difference has played a vital role in the very process of distinguishing the two traditions of canon law and in the very formation of those two traditions. The difference between the two traditions did not begin in the 11th century when the two churches are customarily said to have separated, at least in an

---

<sup>2</sup> See, e.g.: *Suvorov N.S. Uchebnik tserkovnogo prava* [Textbook of Church Law]. Moscow, 2004; *Tsygin V. Kanonicheskoe pravo* [Canon Law]. Moscow, 2009; *Nikodim. Pravoslavnoe tserkovnoe pravo* [Orthodox Church Law]. Saint Petersburg, 1897.

<sup>3</sup> Sometimes the so-called “Rule Book” – the collection of Canons of the Ancient Ecumenical Councils of the Church is referred to as the “code” of canon law in the Orthodox tradition, but from the point of view of legal theory, whether secular or and religious, it remains just a collection of the canons and not a code because it completely lacks a systematic nature and remains a mere chronological collection of the rules adopted by the Councils.

<sup>4</sup> The Holy Fathers – also the Fathers of the Church are the writers and bishops of the first centuries of Christianity distinguished with holiness, whose writings have influenced the Christian doctrine and Canon law development. In the matters of Canon law the writings (Rules) of Basil the Great, the Archbishop of Caesarea Cappadokian is of prominent importance.

official sense<sup>5</sup>. The difference started to unfold much earlier, and the first substantial evident manifestation of that difference was precisely the difference in the sources of canon law as the Western and Eastern traditions established their own unique sources of canon law, which will later evolve into different structures and different approaches in religious legal systems. This process, by the way, has been taken by both churches as an additional ground to accuse each other of deviation from ancient traditions.

In spite of all these differences, and taking them all into consideration, we insist on a common paradigm behind them, which means that what looks different in substance on the surface is a differing manifestation of a similar process.

Let us begin with the external marks of this difference, which are the papal decretals in the West and the constitutions of the emperors and the rules of the Holy Fathers in the East.

Decretals (in early times also called constitutions) are understood in canon law as the decision of the popes in the form of letters addressed to the whole Catholic Church or to particular churches or persons, in most cases on matters of discipline. The decretals served as the most important sources of canon law in the medieval Western world. The official compilation of medieval canon law in the Roman Catholic Church, the *Corpus juris canonici*, has been divided into two parts, the first of which was Gratian's Decretum (we shall refer to it later), while the second consisted of the various and numerous papal decretals arranged in five books. The first book of 43 titles considered the sources of canon law, selection of candidates for and ordination of the clergy, different offices in the Church, contract law, property and Church property. The second book (30 titles) considered various procedural issues in the ecclesiastical courts, including status of the judges, evidence, presumptions, and appeals. The third book (50 titles) considered the discipline of the clergy, including rules of behavior, celibacy, Church benefices, the property of the clergy, issues concerning monasteries and monastic life, and Church immunities. The fourth book (31 titles) was devoted to the matrimonial laws of the Church, including legal consequences of engagement and marriage, impediments to marriage, clandestine marriages, the legal consequences of adultery, illegitimate children, and the property of spouses. Finally, the fifth book (51 titles) was involved with issues in regulating the penal law of the Church. This brief description is enough to demonstrate that papal decretals really formed a substantial, and even the most substantial part of medieval canon law in Western Europe. At times experts in canon law in medieval Europe have even been called *the decretists*.

The traditional explanation of the origins of the decretals is the ancient usage according to which the bishops of the western part of the Roman Empire were accustomed to refer complicated questions about the Church to the bishop of Rome. That practice in its turn is rooted in another traditional understanding of the special role designated by Jesus for the first bishop of Rome, the Apostle Peter, who had received from Jesus the authority 'to bind and to release' (*ligandi solvendi*), thus becoming first among the Apostles. Because the Apostle Peter became the bishop of Rome, his successors—the popes of Rome—have been treated as the heirs to that authority. This made it quite natural for the bishops to approach the popes for advice and solutions in difficult matters.

This brings up an interesting point. Initially, the papal letters were exactly the documents they were supposed to be: the replies of the bishop of Rome to the other bishops, to his broth-

---

<sup>5</sup> Historians used to warn against a simplistic approach to the process of separation of the Western and Eastern Churches, which took place formally, in the year 1054 because the actual process appears much more complicated and even vague. See, e.g. *Lebedev A. P. Istoriia razdeleniia Tserkvei v IX, X I XI vekakh* [A History of Church Division in 9<sup>th</sup>, 10<sup>th</sup> and 11<sup>th</sup> Centuries]. Saint Petersburg, 2004.

ers in the Church. They were *letters* written in brotherly style and not some sort of command from the authorities.

As is generally found in early Christian letters, the oldest papal letters are characterized by “a brotherly pastoral style”. The letters did not contain rules and commands. These early Christian writers preferred persuasion, instruction, and pastoral admonitions to affirm their common faith. The letters were basically the substitutes for preaching and oral teaching.... Only in rare cases, in which problems of jurisdiction and discipline were being decided (especially the condemnation of heretics and schismatics) did the bishops of Rome use expressions taken from the vocabulary of Roman law, as the synods commonly did at that time. The synods were the only legislative bodies in the Church, and they naturally employed the legislative language of the Roman law.<sup>6</sup>

More support in this regard comes from the famous Church History by Eusebius in which he refers to the general treatment of papal letters in the early church. Dionysius, the bishop of Corinth, mentions a letter from Pope Clement which is read in the churches on Sundays according to long-established usage: “Today we celebrate the Holy Day of the Lord, and we have read out your letter, which we shall always read for our education as we did the earlier letter, sent to us by Clement.”<sup>7</sup> The letter from the pope is read *for our education*, and that is natural because the earlier letters from the popes, the earlier decretals, were supposed to be the letters of education and of advice. The style of these letters clearly demonstrates, that ‘...the popes were not under the illusion that they were creating something new with their decretals. They were convinced that through their decrees they were only reminding the Christians of the propositions and rules that had always existed under divine law.’<sup>8</sup>

The situation changes beginning with the second half of the fourth century. From that time the style of the papal letter stiffens; the language of the decretals is now based upon terms like ‘*praecipimus*’, ‘*decernimus*’, ‘*decrevimus*’, ‘*iubemus*’, ‘*iussimus*’, ‘*mandamus*’, ‘*volumus*’, etc. And the general tone of the letters indicates the difference between the level of the bishop who is asking the question, on one hand, and of the bishop of Rome answering the question, on the other. The latter is obviously superior, and he is entitled not to make reference to divine law that has always existed. This shows that the bishop of Rome is in a position to interpret that law, which in fact means he is entitled to create the law.

This was a substantial change in the sources of law in the West. How does that compare with the East of the Roman Empire and the sources of law in Eastern Christianity?

There the situation also changes and arrives at new sources of law which did not exist in the early Church, specifically, the constitutions of the emperors on various ecclesiastical matters and writings of the Holy Fathers recognized as setting the rules for the Church.

The writings of the Holy Fathers are one of the oldest of the sources on early church history, and in a broad sense they are early ‘Christian letters’ of the kind we already mentioned in discussing the style of the early papal decretals. These letters are mostly the replies by the Holy Fathers to questions from their Christian brothers, their colleagues. The Holy Fathers held important positions in the Church hierarchy, and those asking them for clarifications were also held the rank of bishop. In answering such questions, the Holy Fathers in fact created a large number of rules that were partially based on the canons of the Church Councils but were not limited to that source. Although these letters did indeed impose rules, they still followed the style of the early Christian letters and had not yet adopted the ‘command’ style of the later papal decretals.

<sup>6</sup> Jasper D., Fuhrman H. Papal Letters in the Early Middle Ages. Washington, 2001. P. 18.

<sup>7</sup> Eusebius Pamphilus. Church History. Grand Rapids, 2007. P. 4, 23.

<sup>8</sup> Jasper D., Fuhrman H. Op. cit. P. 20.

During the historical development of canon law in the East, the writings (containing the rules) of the Holy Fathers formed a substantial part of the so-called Rule Book of the Eastern Churches that also included the writings of St Dionysius and St Peter of Alexandria, St Gregory of Neo-Caesarea, St Athanasius the Great, St Gregory of Nyssa, St Gregory the Theologian, St Amphilochius, Timothy and Theophilus of Alexandria, St Cyril of Alexandria, Gennadius and Tarasius of Constantinople, and, of course, the rules of St Basil the Great, which themselves were a substantial compendium of the rules of the Eastern Church.

The laws—or constitutions—of the emperors of the Eastern Roman empire started to govern the Church after Christianity became—first in fact, and then by law—the official religion of the Roman Empire. The first and most important compilation of those rules is the Theodosian Code of the late 4th century, and during the centuries that followed a vast corpus of *novellae* on different aspects of the operation of the Church were created. It is remarkable that even in our own time the law of the Russian Orthodox Church still refers to the rules established by the emperors in some very important matters, e.g. in the Church's law of marriage, including impediments to marriage. Throughout the whole medieval period and until recently *nomocanons* were the main source of canon law in the East. *Nomocanons* are collections of both Church canons and imperial decrees on bearing on Church matters, and they survived even after the decline of the Eastern Roman Empire. The most famous *nomocanon* of the Eastern Church is the *Nomocanon of Photius the Patriarch in XIV titles*.

This review of the sources of canon law has thus demonstrated that:

- new sources of law that are distinct from the decrees (or canons) of the Church Councils as the most traditional source of the law of the Ancient Church appear in the Christian Church; and
- these new sources are distinct from each other in the Western and Eastern Churches.

Now the time has come to look at this question from a slightly different angle.

Though all these sources indeed appear *different* in the West and in the East, they can be taken as manifestations of the two traditions in the development of canon law, both of which are *common* to the West and the East. These two traditions are the 'instructive' tradition and 'authoritative' tradition.

These two traditions have already revealed themselves in the *jus antiquum* of the Church. The instructive tradition is represented by sources which contain rules while presenting these rules not as a collection of commands, but instead as the outcome of teaching, or as advice based on understanding of more profound laws, mostly of a divine nature. The style of such sources looks more like the *tractatus* of a theologian (or theologians) than like a code of rules. The best examples of such sources are the *Didache* (or 'The Teaching of the Twelve Apostles') and the *Didascalia Apostolorum*. Here is an example of that approach to the rules in *Didache*:

There are two Ways, one of Life and one of Death, and there is a great difference between the two Ways. The way of life is this: "First, you shalt love the God who made thee, secondly, thy neighbor as thyself; and whatsoever thou wouldst not have done to thyself, do not thou to another." Now, the teaching of these words is this: "Bless those that curse you, and pray for your enemies, and fast for those that persecute you. For what credit is it to you if you love those that love you? Do not even the heathen do the same?" But, for your part, "love those that hate you," and you will have no enemy.<sup>9</sup>

Indeed, the rules are presented as teaching. The same is true with regard to the other parts, as well as in the *Didascalia Apostolorum*, which is regarded as a kind of 'code' of canon law for the very early Church. The very name of the document reveals this understanding of it. Its full title is 'The Catholic *Didascalia* that is Teaching of the Twelve Holy Apostles and Disciples of

---

<sup>9</sup> The *Didache*. A Commentary by K. Niederwimmer. Minneapolis, 1998. P.73.

Our Saviour.<sup>10</sup> The rules in this document are not merely stated; they *explain* themselves, for example: ‘And let a woman also be subject to her husband, *because the head of the woman is the man, and the head of the man that walks in the way of justice is Christ.*’<sup>11</sup>

As for the authoritative tradition, it is represented in early canon law by the Apostolic Canons and later by the canons of the provincial and ecumenical church councils. Although there are doubts about the true origin of the so-called Apostolic Canons—about whether they really come from the Apostles—they do not matter for us inasmuch as they do represent the ‘ruling’ or what we have called the authoritative tradition, the *imperium* of the Ancient Church regardless of how they originated. This authoritative aspect applies in at least two areas.

First, the canons—both of the Apostles and also those issued by the councils of the Church—are formulated as strict rules, not as teaching. They do not require understanding; they require obedience, sometimes under threat of punishment.

Second, from the First Ecumenical Council in Nicaea in 325, the emperor was present so that from the very beginning authority, political authority, was embedded in the way the councils functioned. And this added political, authoritative weight to the councils themselves. Subsequently, canons of the councils were confirmed by decrees of the emperors.

The foregoing argument justifies us in stating that the sources of canon law in the Christian Church, from the very beginning and during the Middle Ages, may be grouped into two opposing elements, one of which is instructive in nature, while the other is authoritative.

It is interesting to note how Gratian’s *Decretum*, which is perhaps the most authoritative source for the study of canon law in the Middle Ages, understood and explained this underlying structure in the appearance and development of the sources of canon law. In comparing the legal force of the papal decretals and the writings of the Holy Fathers explicating the Bible, Gratian says the following:

Decretal letters are thus legally equivalent to the canons of the councils. There remains the question of whether expositions of sacred Scripture are equal or subordinate to these. For, when someone draws on greater knowledge, it seems that his words are of greater authority. Furthermore, many writers seem to be more secure because, being filled with the Holy Spirit, they excel others in knowledge. Whence, it would seem that the opinions of Augustine, Jerome, and other writers are to be preferred to the enactments of some pontiffs.

But it is one thing to decide an issue, and another to expound the sacred Scriptures accurately. For in determining a matter, not only knowledge is necessary, but power as well. Thus Christ said to Peter [Matt. 16:19]: ‘Whatever you bind on earth is bound on heaven...’ before he gave him the keys of the kingdom of heaven, by the one key giving him the knowledge to discern between leper and leper, and by other giving him the power to cast people from the Church or receive in it. Therefore, when any matter is settled, whether by acquittal of the innocent or condemnation of the guilty, the acquittal or condemnation requires not only knowledge, but also the power of presiding. It is evident, that writers on the sacred Scriptures, although they surpass pontiffs in knowledge and so are to be preferred to them in questions of scriptural interpretation, take second place to them in deciding cases since they have not been elevated to the same high dignity.<sup>12</sup>

It is remarkable that Gratian considers this question at the last stage of his treatment of the sources of canon law, after he has compared the legal force of the papal decretals to any other sources of canon law, meaning that the teaching or instructive element in the source of

<sup>10</sup> *Didascalia Apostolorum*. The Syriac version translated and accompanied by the Verona Latin fragments with an Introduction and Notes by H. Connolly. Oxford, 1969.

<sup>11</sup> *Ibid.* Chapter III, i.8.

<sup>12</sup> *Gratian*. *The Treatise on Laws (Decretum DD. I–XX)*. Washington, 1993. P. 84–85.

canon law as represented by the Holy Fathers appears to be the ‘last resort’, the strongest potential opponent to the legal force of the papal decretals. This confirms our statement that the ‘instructive’ and ‘authoritative’ elements form the initial inner structure which manifests itself as different ‘visible’ sources of canon law and that the manifestation may take different visible shapes depending on the opposition between the instructive and authoritative elements in each particular case.

Let us illustrate or clarify what has just been said with some examples.

The papal decretals contain both of the source elements of canon law, the instructive and the authoritative components. In historical perspective, as we mentioned above, the papal decretal was born as teaching directed at fellow bishops in response to questions put by them. Later it became more and mostly authoritative both in style and in its legal force. But even in the classical period of Western canon law when papal decretals had become the most important source of law, they still retained the teaching element insofar as the texts of many decretals contain references to the sacred teachings. Although in later times the papal decretals kept their authoritative style, they also included papal teaching based partly on the right of the popes to teach on behalf of the Church and to interpret Christian doctrine officially.

In other words the papal decretals, which for most of the history of the Catholic Church have remained the main source of its canon law, always contained the instructive and the authoritative elements combined in that single source of ecclesiastical law.

How does this compare with the Eastern tradition in canon law? The Eastern tradition exhibits a different opposition between the instructive and the authoritative elements in the sources of canon law for the Orthodox churches.

The instructive element is represented by the writings of the Holy Fathers, which became officially recognized as a source of Eastern canon law. The authoritative element is represented by the canons of the Church Councils along with the imperial laws on the operation and internal affairs of the Church. While the main course in the development of the sources of canon law in the West combines these two elements in a single source of canon law—the papal decretals—the development of canon law in the East separated these two elements into different sources of canon law. In other words, we may observe not only differences in the development of the sources of canon law in the East and West, but also different manifestations of the same structural paradigm for the sources of canon law—differing opposition between the instructive and the authoritative elements in canon law sources.

How did that difference come about?

The reason for the difference between East and West in this regard lies not within, but outside each church in the political and social environment in which both churches found themselves. And the reason why this difference would manifest itself as time went on is to be found in the initial task that Jesus assigned to the Apostles: to spread the Gospel throughout the world.

This task was not an easy one, and not only because of political suppression by a number of Roman emperors, not only because of a sometimes hostile environment, but also and not least because of the internal rivalries within or between the Christian communities themselves. What is Gospel? How it should be interpreted, how it should be presented, what is the true meaning of the Lord’s teaching? There were different responses to these questions. Heresies and schisms afflicted the ancient Church from the very beginning, and the development of early canon law has been influenced by those factors. The majority of the canons adopted by the church councils were created because of a need to deny and condemn heretical teachings and deviations. Indeed, many canons of ancient canon law are formulated in a negative way as a condemnation of the heretical understanding of certain issues and a restoration of the correct rule.

In other words, there was a mission to spread a *common* Christianity, a unanimously understood Christianity, throughout the world. In fact, neither church has succeeded in that task, and that is why there are different Christian churches. However, the Ancient Church was moving in that same direction. Accomplishing the mission required the existence of a united church organization.

For the religion of the Old Testament there was no such mission. The Old Testament does not contain any imperative that resembles spreading the Gospel, and the cultural environment of Old Testament society was generally uniform. But that is not the case when a particular religion is to be inserted into different cultures. Political authority was not required to keep Jewish society in order. The intellectual and spiritual authority of a rabbi was enough for that purpose.

The situation changes drastically when a religion is to be preached to different people in different cultural environments. The mere moral authority of a teacher is not enough for that purpose, and the support of administrative authority is inevitably necessary. This led to the aggregation of initial Christian communities into larger unions. Dioceses folded into metropolitan provinces, allowing the bishops (heads of dioceses) to communicate Church-wide in order to ensure the unity of the religion and the church organization.

This was the way in which Christianity was expanding, but this process had to take on different shapes depending on the specific features of the individual cultures in which it was to be introduced. And the political features of the different communities were of primary importance. In order to maintain sufficient authority to ensure unified teaching, the realities of existing (or non-existing) political authority could not be ignored. In the Eastern Roman Empire the emperor himself served this purpose, while in the West the absence of an emperor imposed the same duty on the successors to St Peter the Apostle. In the East a comparatively strong emperor and other strong secular powers in different states led to ‘nationalization’ of the Christian churches, which organized themselves as autocephalous churches (churches whose highest-ranking bishops were not subject to any higher bishop or ecclesiastical authority) within the national state boundaries. The Roman Catholic Church in the West had to extend itself beyond any national political boundaries, and not only beyond European ones but also beyond boundaries all across the globe. But because of the requirement to expand into different cultures, both in the West and in the East the differences between ‘authority’ and ‘instruction’ in the ‘authoritative-instructive’ paradigm sharpened as these two poles became more apparent. Because the leaders of the church were unable to perform the main mission of Christianity, spreading the Gospel throughout the world, by relying solely on moral authority, political authority became another necessary condition for fulfilling the Christian mission.

The sharpening of this ‘authoritative-instructive’ paradigm developed in a different manner in the East and in the West. The Eastern model divided its authoritative, political pole between the head of the church and the head of the state, according to the political situation in each particular state. In most cases that led to a structure in which the leader of the church shared authority with a council of bishops under the auspices of the secular leader. In the West the popes had no one with whom to share this authoritative pole and were more burdened with spreading Christianity to cultures differing from each other than was the case in the East. This resulted in an even higher level of political authority for the popes.

But here we encounter another important point, another aspect of our thesis: although Christianity has clearly *exhibited* these two traditions in the sources of canon law, it did not *invent* them. The reason for the very existence of these two traditions with their potential for their further conflicts in various ways lies deeper, and goes back to the pre-history of Christianity and to the legal predecessor of the Christianity—Jewish law.

Let us examine sources of Jewish law such as the King's Law and rabbinic rulings.

The reason the King's Law<sup>13</sup> containing laws governing secular matters is part of Jewish law is explained mostly by historical realities, by the necessity of the Jewish people to live without a state or to live in exile. Under those conditions it is inconceivable that the Jewish community could survive only by the rules of their religion while ignoring the secular legislation of the countries dominating them. Moreover, the Torah itself contains provisions bearing on the secular rulers. But the process involved was not merely resignation to the secular laws of the dominant states by Jewish communities or external acceptance of something as a condition of survival. The process was more profound, and the King's Law was treated as an integral part of Jewish law.

Here is the explanation of this phenomenon offered by Nissim Gerondi (Ram), one of the leading authorities on Halakha in Spain:

It is possible that they [the laws of the Torah] were concerned more with achieving goals on a higher level than social welfare, since we establish a king over ourselves for this latter objective.

But the goal of the judges and the Sanhedrin was to judge the people according to inherently true and righteous law from which the Godly will be infused into us, whether or not the well-being of society will result from it.

Consequently, it is possible that sometimes non-Jewish law may promote social welfare more than some laws of the Torah do. But we are not without recourse because of this, as whatever needs to be done to promote social welfare may be fully accomplished by the king... The function of the judges was to judge only in accordance to the laws of the Torah, which are inherently just, as it is written 'And they shall judge the people with due justice' [Deuteronomy 16:18], and the function of the king was to perfect the achievement of social welfare and to do whatever the times required...

This is the difference between the judge and the king: the judge is more bound by the laws of the Torah than the king, and because of this the king was cautioned and commanded to keep a copy of the Torah at hand... in other words, since the king sees that he is not bound by the laws of the Torah in the same way as judge, a strong admonition is necessary that he should not depart from the commandments... and he should not feel superior to his brethren because of the great power that God gives to him.<sup>14</sup>

Although Jewish law is regarded as different from canon law—and they are different in the very content of their rules—nevertheless, it is possible to trace an interesting similarity with the trends we have described in canon law. The relationship between the king and the judge is in certain respects similar to the relations between the ruler and the teacher, between the one who is empowered with authority, and the one who is equipped with knowledge. Both these elements are present in canon law, and they are also present in Jewish law. Both of these religious legal systems distinguish between those privileged by knowledge and those privileged to rule.

There is another aspect of that opposition in Jewish legal history. The King's Law in the history of the Jewish law is not always confined to the laws of the secular rulers of particular countries. In certain instances the religious authorities also functioned as the secular rulers of a society. For example, it was Talmudic tradition that assigned to the Babylonian exilarchs the authority of secular rulers, of kings. The rationale behind that was that the king's legislation concerns the nation as a whole. If a secular ruler is not in place, then the leaders of the nation—meaning under these conditions the religious leaders—are empowered to discharge the duties of the kings.

---

<sup>13</sup> We use the term 'King's Law' because it is used by authoritative experts on Jewish law, e.g. Menachem Elon in his famous four-volume book on Jewish law.

<sup>14</sup> *Elon M. Jewish Law: History, Sources, Principles*. Philadelphia, 1994. Vol. I. P. 56–57.

This leads us directly to an understanding that, insofar as a society seeks to rely on religious law (as it is embodied in the sacred text of a particular tradition) and to conduct all aspects of life according to that law, there will always be an area where mere knowledge of the laws, of the sacred texts in their certain and esoteric meaning, is not enough to maintain order in society. To achieve that goal, authority is required, and the nature of that authority will follow a format that is practical in a particular historical context, such as the pope of Rome, or the secular ruler, or the religious teacher for a relatively small society. Whether in a particular historical context we have a powerful religious leader in a kind of a theocracy or some kind of relationship between the religious and secular ruler, the key questions are the existence of both instruction and authority and finding the proper balance between them. As Menahem Elon puts it, ‘The wide flexibility available in the king’s law to deviate from Halakhah requires extreme care to prevent the king’s law from departing from the general policy and basic values of the Torah.’<sup>15</sup>

But in order to arrive at this balance it is not enough to state the rules mentioned above. The rules of the sacred texts are to be interpreted according to the particular circumstances in order to make this balance possible. As a result, the Jewish legal tradition has developed vast and far-ranging rabbinic rulings—rules which come about as a result of interpretations of the Torah by teachers and rabbis.

Another phenomenon relevant to the issues considered in this article is rabbinic law, another source of Halakha and the result of interpretation of the Torah in the teachings of the rabbis (teachers). This interpretation is really a piece of art because it is not just a commonsense interpretation; it is a real science based upon thirteen principles traditionally called the thirteen canons for interpreting the Torah. Our concern here is not to describe all these canons; and perhaps it will be enough to state, following one of the leading contemporary authorities that ‘these canons basically pertain to two general categories of exegesis: (a) explicative, which aims at explaining and clarifying the verses and sections of the Torah; and (b) analogical, which relates one subject to another to broaden Jewish law and find solution to new problems.’<sup>16</sup>

Consequently, there is so-called rabbinic law which is comparable in importance to the law actually written—the law as presented in the written Torah. At times there has been great difficulty in drawing a line of demarcation between a rule explicit in the Torah and its rabbinic interpretation, and at times this was because the rabbis themselves were determined to endow their interpretations with a greater legal force even than that of the written law.

Regarding the first aspect there is a controversy in the Jewish law about what is actually meant by the law as expressly mentioned in the Torah. Does it mean only the 613 prescriptions of the Torah, the mitzvot, or does it also extend to the rules which are the direct results of their interpretations in accordance with the thirteen canons mentioned above? Renowned authorities have disagreed on this question. The school of Maimonides insisted that the results of the canonical interpretation are rabbinic law, while Nachmanides insisted that those interpretations were Biblical law unless the Talmudic teachers had specifically stated that a particular interpretation was a rabbinic rather than a Biblical law.

As far as the legal force of the rabbinic legislation is concerned, however strange it may sound, there is a strong tendency in Jewish law not only to compare and correlate rabbinic law with the written law, but also sometimes to endow rabbinic law with higher legal force than the written law, although this occurs, of course, only in particular cases or situations. In other words there is no question about putting the rabbinic law *above* the written law of the Torah,

---

<sup>15</sup> Ibid. P. 57.

<sup>16</sup> Ibid. P. 319.

but basing a decision about a particular case more on rabbinic interpretation, or just as much as on it as on the written law has been explicitly allowed. This is not surprising because the Torah *as written* does not expressly state the rules for *all* possible cases. It requires interpretation of its written rules by knowledgeable people (rabbis) with regard to particular cases. Therefore, most of the Halakha is in fact rabbinic legislation, and insistence on the lesser authority of halakhic interpretations by rabbis would lead to the recognition that most of the Halakha does not have the desired legal force. In other words, regarding rabbinic law as equal to or even higher than the written law was a way to preserve and employ Jewish law as a functioning legal system.

Finally, Jewish law also gave rise to the *responsa*, the portion of Halakha derived from the answers of experts to questions put to them, mostly regarding legal decisions bearing on the social and economic life of the Jewish community. It can be compared to rabbinic law in the sense that it is also an interpretation, but interpretation for a very specific purpose—not to serve as a final interpretation of the Torah, but to be used by an interested party as evidence in a court case. The value of the *responsa* was its practicality and its consideration of all the details of a particular situation in order to assess it based on the principles of the written law. It is worth mentioning that in later times respondents provided answers only when an inquiry came from a judge so that there could be no abuse by tailoring a response to favour someone's interests. The practical character of the *responsa* has made it one of the important sources of Halakha by volume. There about 300,000 responses on particular judicial issues.

The discussion above leads us to certain conclusions.

First of all, none of the religious legal traditions discussed can limit itself to sacred text alone as a source of law. Jewish law is not limited to the Torah, canon law is not limited to the New Testament. All these religious legal traditions require interpretation of the primary sacred text to accommodate it to reality or, as the case may be, to accommodate reality to the sacred text, or both.

There is a strong tradition of instruction in religious legal systems, and that is what most clearly distinguishes them from secular legal systems. However, one may argue that secular legal systems also have a theory and an instructive basis appealing to a certain legal philosophy or theory. What then is the difference?

The difference is that the theory of a secular legal system reflects the general logic of a secular legal system. To put it simply (may be even a bit idealistically) a secular legal system is to ensure, insofar as possible, the stability and well-being of a particular society. If the legal system, or legal theory, or philosophy of law is not adequate for that purpose, it can be replaced with more suitable theories. In a religious legal system the 'theory', the sacred teaching cannot be replaced. The purpose is not to replace it with something more suitable, but to find some solution within the existing sacred knowledge, to find a solution within the sacred sources bestowed on society from 'above' and within the existing canons. This task is more challenging than inventing a new theory. Inventing a new theory might be acceptable for a secular legal system, but a religious one is supposed to find the answer within the existing sacred heritage. And that is what makes scholars so important in a religious world and what advances their importance almost to rival whatever authority is officially empowered to proclaim and enforce the rules in the religious system of law.

A good example how this operates in a religious legal system is the famous *Decretum Gratiani*. We've already mentioned this famous source of medieval canon law in the Western tradition, and now we should consider how it was created. The name of the Gratian's work is 'Concordia discordantium canonum' which literally means 'reconciliation of unreconciled canons'. The reason this work appeared is that by the 11th century canon law had inherited a vast

number of canons which, if read literally, seemed to contradict each other. Gratian undertook reconciling and resolving the contradictions, not by removing any canons (such an approach would be suitable for a secular legal system) but by finding their common substance within the sacred roots of the legal canons. It was then possible to regard the contradictory canons as contradictory not in essence, but merely as exposing different aspects of the same question. This is the approach which made Gratian's achievement so important and so valuable in the history of canon law. Otherwise, his work would have been just one more opinion on the matter. Of course, such an approach was not exceptional in the Middle Ages. It was in line with the medieval scholarly paradigm. In modern scholarship the value of a work is judged by how many new ideas a paper contains, but in medieval times the approach was quite different. The value of a scholarly treatise was assessed on how many previous authorities had been cited and referred to in it<sup>17</sup>. Gratian's genius allowed him to go further in this same direction.

But to proceed in such a direction, skilled teachers and sages are necessary, equipped not only with knowledge, but also with spiritual training in the particular religious legal tradition. That kind of knowledge, spiritually nurtured and trained knowledge, grants power which raises the teachers and their teaching to a level comparable to the official religious (and sometimes also secular) authorities; and it provides the basis for the emergence of the authoritative-teaching paradigm as the underlying paradigm of development of the sources of religious law.

This requires two kinds of inputs: interpretation and enforcement. The necessity to interpret leads to the development of teachers and of a tradition of instruction, while the necessity for enforcement involves authorities—either religious, or secular, or both—in the affairs of the religious legal system.

The need to interpret the sacred texts leading to development of the instructive tradition should not be interpreted in a simplistic manner, as if a way must be found to apply the old rules which do not take modern life into account. On the contrary, the philosophy behind the instructive tradition in religious legal systems is that the sacred text is so rich that it does indeed contain the answers to all the questions of life in different times and locations. But one is supposed to be properly prepared to make such interpretations, and this requires more than learning and education. It requires training and education that builds character not only through intellectual exercises, but also through spiritual training which allows the future teacher to develop the intellectual and spiritual skills which would allow him to understand the hidden meaning of the sacred text.

The opposition between the instructive and the authoritative (or directive) elements in a religious legal system expresses itself in different models which depend not on the teaching itself, but on the political, social and cultural environment in which the religious system operates. We have seen this in the examples of Eastern and Western traditions of canon law: the model of the East is based on separation of the instructive and authoritative elements between different authorities (religious and secular), while in the West they were combined in the pope of Rome. We have tried to demonstrate that this was due not to differences in religion—neither model can be characterized as heretical—but due to the difference in political situation in the East and in the West.

In other words, our thesis is that the difference in the outer expression of the legal sources of the different religious legal systems of Biblical origin is only a different way of expressing their common internal paradigm.

It is interesting to note that religious legal systems exhibit a similarly divergent structure not only with regard to their sources, which is the subject matter of this article, but also with regard

---

<sup>17</sup> See, e.g.: *Gurevich A. Izbrannye trudy* [Selected works]. Saint Petersburg, 2007. P. 17–262.

to their institutions. In one of our recent articles we have described how similar values ascribed to marriage, such as its unity and indissolubility, form the values common to all the Biblical legal traditions and have found different legal-normative expressions in those traditions. For example, the cultural environment of a Jewish community did not require strict prohibition of divorce unlike the cultural environment of an early medieval state in Western Europe. In other words, the different normative content of religious legal systems should not be allowed to conceal their similarity in substance.

We trust that this approach to studying religious legal systems will bring us not only favourable academic results, but also moral benefits.



## References

- The Didache (1998) A Commentary by K. Niederwimmer. Minneapolis: Fortress Press, 288 p.
- Didascalia Apostolorum (1969) The Syriac version translated and accompanied by the Verona Latin fragments with an Introduction and Notes by H. Connolly. Oxford: Clarendon Press, 280 p.
- Elon M. (1994) *Jewish Law: History, Sources, Principles*. Philadelphia: Jewish Publication Society. Vol. I, 474 p.
- Eusebius Pamphilius (2007) *Church History*. Grand Rapids: Kregel Academic Press, 368 p.
- Gallagher C. (2007) *Church Law and Church Order in Rome and Byzantium: A Comparative Study*. Birmingham: University of Birmingham, 279 p.
- Gratian (1993) *The Treatise on Laws (Decretum DD. I–XX)*. Washington: Catholic University of America Press, 131 p.
- Gurevich A.Ya. (2007) *Katerorii srednevekovoi kul'tury. Izbrannye trudy* [Selected Works]. Saint Petersburg: University, pp. 17–262 (in Russian)
- Huxley A. (ed.) (2002) *Religion, Law and Tradition: Comparative Studies in Religious Law*. N.Y.: Routledge, 186 p.
- Jasper D., Fuhrman H. (2001) *Papal Letters in the Early Middle Ages*. Washington: Catholic University of America Press, 225 p.
- Lebedev A.P. (2004) *Istoiriia razdeleniia Tserkvei v IX, X i XI vekah* [A History of Church Division in 9th, 10th and 11th Ages]. Saint Petersburg: Abyshko, 352 p. (in Russian)
- Nikodim, Bishop of Dalmatia (1897). *Pravoclavnoe tserkovnoe pravo* [Orthodox Church Law]. Saint Petersburg: Komarov, 708 p. (in Russian)
- Suvorov N.S. (2004) *Uchebnik tserkovnogo prava* [Textbook of Church Law]. Moscow: Zertalo, 504 p. (in Russian)
- Tsylin V. (2009) *Kanonicheskoe pravo* [The Canon Law]. Moscow: Sretenskiy monastyr, 864 p. (in Russian)
- Van de Wiel C. (2005) *History of Canon Law*. Louvain: Peters Press, 192 p.
- Winroth A. (2000) *The Making of Gratian's Decretum*. N. Y.: Cambridge University Press, 245 p.

# The Gaps in Legal Systems: A Deontic Assessment

---

---



**Vadim Verenich**

PhD Student, Research Partner, Institute of Philosophy and Semiotics, Faculty of Arts and Humanities, Tartu University. Address: 2 Jakobi Str., Tartu 51014, Estonia. E-mail: vadimverenich@gmail.com

---



## Abstract

From logical point of view, it is worth discussing problem of legal gaps that is very important in the analysis of legal systems. The article belows contributes to the the analysis of so-called legal gaps from the perspective of deontic logic. In the beginning of the paper, after discussing certain properties of legal systems — completeness, consistency and contingency — on the basis of analytical methodology of legal positivism based on Dworkin-Hart's debate about closure rules, in is describing different types of closure rules, which are employed for closing the legal systems. The paper compares the similarities and differences between different approaches to the studies of legal gaps. It is found that similarities between logical modalities and types of legalism makes possible to extend analysis of closure rules by introducing deontic modalities; the article explores the perspectives of such analysis. We introduce logical principles underlying two main types of legalism — Anglo-Saxon and continental ones. Drawing upon the basic principles of modal logic, we briefly sketch the prior history, development and current state of studies in the field of deontic logic. The paper suggests that it should be possible to develop a deontic assesment of the closure rules in legal systems; the first goal of the paper is achieved by spelling out differences between deontic modalities in open and closed legal systems. The final section of the paper is dedicated to analysis of deontic modalities employed for generating such closure rules.

---



## Keywords

legal system, deontic logic, closure rules, deontic square, normative gaps, axiological gaps.

---

---

Citation: Verenich V. (2017) The Gaps in Legal Systems: Deontic Assessment. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 59–72 (in English)

JEL: K10

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.59.72

## The Completeness of Legal System and Gaps

Any normative system, specifically a legal one, tacitly assumes certain general closure principles that establish relations between the spheres of actions subjected to modes of normative regulation. From the perspective of legal science, every legal system of positive law is supposedly assumed to be consistent, complete, and closed under norm of closure. The principle of completeness means that the legal system already includes a legal regulation for each possible case that could occur *from universe of all possible cases*<sup>1</sup>, the principle of consistency

---

<sup>1</sup> See: *Bulygin E. Legal Dogma and the Systematization of Law // Rechtsatheorie*, 1986, no. 10, pp. 193–210.

dictates that within the same legal system no legal case can be regulated by two inconsistent normative regulations, in other words, there is no explicit *conflict between norms*. Yet, as we have learned from legal practice, there have always been, are, and will be situations that have been left without legal regulation because either legislator does not foresee the existence of certain factual situation or doesn't intend to enact regulation. Even legal positivism would have to accept the incompleteness of legal systems, for example in Hans Kelsen's pure theory of law paves the way for acknowledging of gaps: the law is inconclusive as it is incomplete in those cases when there is a conflict of interests present which legal system does not prevent from occurring; no legal system has sufficient rules to prevent all possible conflicts of interest from happening, i.e. it is not possible to prevent all unforeseen incursion of unregulated conflicting interests into the domain of law<sup>2</sup>.

In fact, legal scholars have distinguished two entirely separate types of gaps in law — **axiological gaps and normative gaps**. The idea that two different types of gaps can occur is particularly significant for analysis of incomplete systems of law. Hence to speak of the legal gap is first and foremost to focus on describing the differences between two aforementioned types of gaps.

Let us begin with the latter type of normative gaps. According to Alchourrón and Bulygin, the normative unity, or, rather, the normative completeness of legal system is vested upon a special rule of closure, which authors believe to have explicit normative properties — the rule of normative closure, grounded on what is known as 'deontic logic'<sup>3</sup>. Having made this claim, Alchourrón and Bulygin demonstrated that the normative closure of legal system would deliberately require the to accept ascription of deontic properties to certain action — *if no deontic property can be ascribed to a certain action, a deontic property make ascribed to that action, to avoid the gap, i.e uncertainty of action and its consequences in legal domain*<sup>4</sup>.

Since every legally relevant action is accompanied by a deontic properties (dispositions), ascribed to action, the law is always applicable, as Kelsen said: "a so-called gap in the law is not a legal gap, but a situation in which the application of the law as it is to the particular case is so absurd and unjust that the judge assumes that the law is not to be applied to the case"<sup>5</sup>.

Seen from this perspective, legislating, is just a special case of formulating deontic properties of action by authoritative groups. This type of closure rule is best exemplified in what legal scholars call 'legalism'. There is a division between two dominant types of legalism, each type of legalism has its intrinsic value for shaping the entire legal system.

## Two Types of Legalism

**The legalism of first type (1) is principle of prohibition:** *if something is not explicitly prohibited in legal system, then it is permitted*. Some authors believe that the "sealing" principle mentioned before, is more compatible with Common Law-like jurisdictions, privileging permissions over sanctioned obligations as something primary. The principle posits that the judge is not allowed to extend deliberately the whole of legal prohibition to all unregulated acts. As it is evident from civil cases, an absence of categorical orders to participants of legal relations to act in a certain manner is also typical for the dispositive method of civil regulation in many

---

<sup>2</sup> Kelsen H. Pure Theory of Law. Berkeley, 1967. P. 243.

<sup>3</sup> Alchourrón C., Bulygin E. Normative Systems. New York-Wien, 1971.

<sup>4</sup> Ibid. Chapter 6. Sec. 2.

<sup>5</sup> Kelsen H. Op. cit. P. 242.

legal systems. Using this closure principle, it is fair easy to demonstrate that legal systems can be distinguished as closed or open according as they do or do not endorse the maxim, what is not forbidden is permitted. In their famous paper, Alchourrón and Bulygin have advanced von Wright's idea<sup>6</sup> that there are many kinds of permission, of which authors pay special attention to distinction between *a weak and a strong permission*<sup>7</sup>. In case of a strong permission, an act is said to be permitted when it is not forbidden, the authority considered its normative status and decided to permit it by promulgating a permissive norm. A weak permission is always extra-normative: "an act is said to be permitted in weak sense if it is not forbidden and a norm regulating of this act is not enacted"<sup>8</sup>. The same "weak/strong" distinction has been extended to classification of prohibitions<sup>9</sup>. Strong prohibition is a positive norm enacted to the effect when something is forbidden, while weak prohibition is the absence of a positive norm to the effect that something is allowed.

This conclusion raises question. It should already be apparent from the previous discussion that *the completeness* of legal systems in first type of legalism ("principle of permission") is ensured by the strong-permitted version of prohibition principle, but does this principle provide a support for *the contingency* of legal systems? It is assumed that the contingency of legal system is said to be a means of sustaining its autonomy. Kelsen conceived of strong prohibition as of a positive norm, and if this is so, then the question — whether or not principle of strong prohibition exists in legal systems — is to be answered in contingent manner, since, contrary to Kelsen's assumptions, the principle of prohibition does not have the universal property of belonging to all legal systems, they can be closed or open according to whether or not they contain, as their constituent part, a *strong principle of prohibition*, which is strong enough to close normative systems<sup>10</sup>. Envisaged from a perspective of contingency, a strong principle of prohibition is far from being a necessary element of all legal systems, with exception of strong principles in criminal law, such as *nulla poena sine lege*. At the same time, the imminent coexistence of conflicting interests in the legal domain brings about the presence of weak prohibitions, which are compatible with all legal systems having gaps — the weak principle of obligation is a proposition which is, unlike strong prohibition, is always necessarily true (indeed, it is always tautologically true *that all acts that are nor prohibited in a legal system are nor prohibited in it*). It thus follows that the strong principle of prohibition indeed provides support to the contingency of legal system, while the weak principle of prohibition does not.

Let's turn to legalism of **second type (2)**, which is manifested in "the principle of obligation" — *if something is not permitted, then it is prohibited* — is often said to be an important feature of European continental legal systems, which are oriented towards German legal systems. To promote clarity in ambiguous matter of obligation, we should once again to distinguish between a strong principle of obligation and a weak principle of obligation version. A strong obligation is a positive norm to the effect *that something is required*, while weak obligation is the absence of a positive norm to the effect that something is gratuitous (i.e., *permitted not to obtain*).

<sup>6</sup> Described in: Kelsen H. Die Grundlagen der Naturrechtslehre. *Österreichische Zeitung für öffentliches Recht*. 1963, no. 13, pp. 1–37.

<sup>7</sup> Alchourrón C., Bulygin E. Pragmatic Foundations for a Logic of Norms. *Rechtstheorie*. 1984, no. 15, pp. 453–464.

<sup>8</sup> Alchourrón C., Bulygin E. Normative Systems. P. 125.

<sup>9</sup> Bulygin E. Kelsen on the Completeness and Consistency of Law / D'Almeida L. et al. (eds.) Kelsen Revisited. *New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford, 2013. P. 225–243.

<sup>10</sup> Ibid. P. 235, 240.

According to Jan Woleński<sup>11</sup>, the logical analysis of deontic relations between the domain of normative requirements (including permissions and obligations) and its complement in *universum* of possible human actions, — the domain of indifferences — proves that even if closure rules of both type of legalism (1) and (2) can be formalised into same tautologies of deontic logic, the closure principles are not equivalent by content<sup>12</sup>. From the logical perspective, the closure rule in legalism (2) is equivalent to the tautology “no action can be prohibited and permitted at the same time in any given legal system”<sup>13</sup>. Indeed, the converse restatement of legalism (2) would yield to an undesirable proposition — if it is not strongly permitted than it is forbidden — which is not acceptable for strong permission, since it would collapse strong principle of permission into a plain permission.

Legalism of first type (1) closes normative system in a rational way, while the closure principle in second type of legalism (2) is questioned by the fact that legal systems are always incomplete. As a matter of fact, for many reasons legal systems do not attempt to create a complete list of all non-permitted (prohibited) actions, intentionally leaving spaces in regulation to be filled later by adding new norms, formed on the basis of juridical precedents, customs, etc. The attempt to codify all possible prohibited actions has always proved to be difficult. It is very common practice in law to permit acting in certain way under certain circumstances, while otherwise the same acting is prohibited. Some acts are allowed by norm or legal authority as ‘legally indifferent’ (*de jure* freedom), while other acts are ‘legally irrelevant’ when the norm-imposed obligations are not enforced and in absence of any constraints, an individual have a *de facto* freedom to do whatever he or she wants to.

Thus, it becomes obvious that legal systems may be classified as either closed or open according to the type of closure they operate on, i.e. as to whether they do or do not follow the maxim, what is not prohibited is permitted<sup>14</sup>. Therefore, such distinguishing attributes of legal system as it is its openness, must be considered in “the process of logical analysis, which would make necessary introducing new modalities for open and closed legal systems”<sup>15</sup>.

**Axiological gap** occurs in legal system with respect to legal reasoning in challenging cases — a value judgement about axiological relevance of norms from the internal point of view — for example, when moral exceptions to existing norms has been omitted, when legal system ought to contain them from moral point of view. In the case of an axiological gap, interpreter — a judge — is required to eliminate apparent conflict between the proposed and the existing solution (which is unsatisfactory due to axiological considerations), remaining at the same time as close as it is possible to what has been deemed relevant by original legislator or legal authority, which passed a norm that regulates a case in question. This perplexing task is left to the discretion of judges, who have authority to make legally bound decision according to their discretion.

The topic of judicial discretion became an important topic in Dworkin-Hart debate on whether there could exist gaps in the legal system. In developing his theory of a legal system, Hart appears to reject formalist approach, following a positivist tradition and in doing so he

---

<sup>11</sup> Woleński J. Three Contributions to Legal Philosophy / Jadacki J. and Pańniczek J. (eds) The Lvov-Warsaw School: The Next Generation. Amsterdam — New York, 2006. P.195-213.

<sup>12</sup> Ibid. P. 198.

<sup>13</sup> Czelakowski J. Action and Deontology / Ejerhed E., Lindström S. (eds.) Logic, Action and Cognition. Dordrecht, 1997. P. 47–88.

<sup>14</sup> Stone J. Non Liqueur and the Function of Law in the International Community / British Year Book of International Law. 1959, vol. 35, pp.124–161.

<sup>15</sup> Mullock P. The Stone-Tammelo Deontic Logic // *Logique et Analyse*. 1975, no. 18, pp. 65–89.

accepts that laws consist in rules created by legislator, as well as the concept of incomplete legal systems — when there is a case that does not fall under an existing rule, there is a normative gap<sup>16</sup>. However, unlike Kelsen, he also seems to agree that judges have a significant discretion, because rule of recognition would require them to decide cases even in situation of legal gaps. Attacking the main thesis of positivism that legal gaps are to be filled by discretionary decisions, Dworkin rejects not only the discretion, but also the very idea that the legal system could be incomplete and containing gaps, because when a case is brought to court, the judge must decide to protect basic rights of the parties, based upon the judge's weighing of the rights of the parties. When a rule is absent, then, according to Dworkin, the judge must weigh principles, because even in case of absence of rules, law is not uncompleted, but always augmented by legal principles<sup>17</sup>. Dworkin maintains since the legal system must be always complete and consistent, there is always one right answer to legal problem, a closure rule reflecting the pre-existing rights of the parties (the rights themselves are constructed from the 'constitutional' principles). According to Dworkin, a closure rule comes into full operational force with a compelling argument 'one right answer' thesis, which is meant to close all gaps<sup>18</sup>.

Dworkin argues in support of his 'right-answer thesis' against the existence of 'logical spaces' in the legal system: there is no logical space between the propositions 'this is a valid contract' and 'this contract is invalid', because there is no any third option between rules<sup>19</sup>. However, it is implied that logical spaces could exist between legal rules and moral principles. What is interesting is that following the law of excluded middle and the logic of dispositive concepts, Dworkin mistakenly makes assumption that positivists recognize the existence of logical spaces both between that he called **dispositive** concepts (the concepts that have been stipulated by the legislator and must be either true or false and for which the absence of truth would mean the falsity) and in the absence of the of such concepts.

$$\text{Let } p =_{\text{def}} (\text{contract is valid})$$

$$\text{non-}p =_{\text{def}} (\text{contract is not valid})$$

In Dworkin's first claim it is denied that *non-p* is equal to  $\neg p$  (that is, there is a logical space between *non-p* and  $\neg p$ ). The second claim supposes that *non-p* and  $\neg p$  could be possibly identical concepts, but in some cases, neither *non-p* or  $\neg p$  is true. However, the first claim turns out to be immaterial for legal positivism, because "positivists hold that legal propositions are true if and only if some set of facts obtains such as the sovereign having commanded that certain types of contracts are valid"<sup>20</sup>. This line of reasoning of legal positivism could be represented using the following logical formulas:

$$\text{Let } S(p) =_{\text{def}} (\text{sovereign's command})$$

$$S(p) \equiv p \text{ (confusion of internal and external negations)}$$

$$\neg S(p) \equiv \neg p$$

<sup>16</sup> A problem is discussed in: Hart H. *The Concept of Law*. Oxford, 1961. P. 128.

<sup>17</sup> Dworkin R. *The Model of Rules. Taking Rights Seriously*. London, 1977, pp. 14–45.

<sup>18</sup> Jackson B. *A Journey into Legal Semiotics // Actes Sémiotiques*. 2017, no. 120, pp. 1–43.

<sup>19</sup> Dworkin R. *No Right Answer? / Hacker P., Raz J. (eds.) Law, Morality, and Society*. Oxford, 1977, pp. 58–84.

<sup>20</sup> Alexander L., Bayles M. *Hercules or Proteus? The Many Theses of Ronald Dworkin // Social Theory and Practice*. 1980, no 3–4, pp. 267–303.

Alexander and Bayles obtained the following the formula by expressing positivists' adherence to the sovereign's command:

$$S(p) \square p$$

that is to be translated in the proposition *p* is true if and only if the sovereign *S* has commanded. The subsequent analysis of proposition of that type would suggest the possibility of two discriminable internal and external negation. Suppose that we postulate in positivists' footsteps that if *S(p)* is internally negated (that is, one or more components of the proposition is negated) — then  $\neg p$  must follow:

$$S(\neg p) \square \neg p$$

From the positivist point we do not have any other option but to concede with statement that if  $\neg p$  is a true (legal proposition if the sovereign has commanded  $\neg p$ ). It is worth mentioning that the same approach would not work in case of external negation, when the proposition as a whole is being negated. It would be difficult to agree that the following formula would be true in legal positivism for the lack of the command/sanction to *p* would not imply that it is the case that  $\neg p$ :

$$\neg S(p) \square \neg p$$

That the absence of the sovereign's command (that is, the absence of dispositive concept of *p*) for Dworkin does not exhaust the logical space, because there is the third possibility. But if we would have addressed the issue from the positivist position, we would have taken a logical space as granted, assuming that prior to the exercise of judicial discretion the situation is legally undetermined. Unless a particular legal system has adopted a closure rule such

$$\neg S(p) \square \neg p$$

“then the legal position is indeterminate, and the judge has a discretion to create a new rule. But if legal system does assume such a closure rule, then legal proposition  $\neg p$  is true if and only if either sovereign has not commanded *p* or the sovereign has commanded  $\neg p$ ” (see Jackson 1985:199-202)<sup>21</sup>:

$$[\neg S(p) \vee S(\neg p)] \equiv \neg p \text{ (exhausts the possibilities for } \neg p \text{)}$$

Obviously, the complex domain of legal imperatives and commands cannot be adequately modelled by classical propositional logic, since permissive and prohibitive principles extend beyond the limits of propositional logic. Thus, more appropriate logical formalisation would require the recourse to deontic logic — which is, very broadly speaking the logical analysis of the normative language, as well as study of a variety of normative concepts, such as obligation (prescription), prohibition (forbiddance), permission and commitment<sup>22</sup>.

## Deontic Logic

The traditional definition for deontic logic says that it comprises deductive systems which formalize imperative utterances (commands, prescriptions and **norms**) or ought-sentences<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Jackson B. *Semiotics and Legal Theory*. Liverpool, 1985. P.199-202.

<sup>22</sup> Åqvist L. *Deontic Logic* / Gabbay D., Guenther F. (eds.) *Handbook of Philosophical Logic*. Vol. 8. Dordrecht-Boston-London, 2002. P.142 –264.

<sup>23</sup> Scholars of logic distinguish deontic logic — formal theory of all ought-sentences — from the logic of norms (formal theory of norms), they maintain that the former presupposes the latter, so they use both terms

In the case of formalizing **legal norms**, deontic logic became an indispensable instrument of the assessment of the validity of legal norms. For a lengthy period, the development of deontic logic has been dominated by two trends, with the first trend holding that the contents of deontic sentences are actions<sup>24</sup>, while the second trend holds that the variables of the formulae of deontic logic stand for the description of states of affairs, which logicians have presented in diverse ways. In more traditional approach, action modalities have been added by special deontic modalities by building special deontic logic of action.

Let's recall that the concept of modality is usually believed to be introduced in Aristotle's '*De Interpretatione*'. In short, a modality can be defined as the expression of the *attitude of the speaker towards the propositional content presented in an utterance*. The simplest linguistic manifestation takes the form:

*It is <modal force> that <proposition>*

Modal categories such as obligation, permission, and prohibition, i.e. the deontic modalities, modalities of action, are at the base of all variations of modern deontic logic, but the first investigations concerning these notions can be traced back much further in. The obvious candidate for a formalization of norms and obligations is deontic logic, Leibniz's logic of legal obligations.

Leibniz, in his manuscript *Elementa iuris naturalis*<sup>25</sup> introduced the deontic categories of the obligatory (*debitum*), the permitted (*licitum*) and the prohibited (*illicitum*) as 'modalities of law' (*iuris modalia*). As has already been pointed out by Schepers<sup>26</sup> and Kalinowski<sup>27</sup>, Leibniz saw very clearly that the logical relations between the deontic modalities *obligatory*, *permitted* and *forbidden* exactly corresponds relations between more general alethic modalities, such as *necessary*, *possible* and *impossible*, and that therefore all laws and rules of alethic modal logic may be applied to deontic logic as well. Just like '*necessary*', '*contingent*', '*possible*' and '*impossible*' are related to each other, so also are '*obligatory*', '*not obligatory*', '*permitted*', and '*forbidden*'. The true greatness of Leibniz's logic of obligations consists in its ability to demonstrate that all deontic notions can be *derived* from traditional alethic modalities just by adding a special 'logical' constant, which Leibniz called *amorally perfect man* ("vir bonus")<sup>28</sup>. *Vir bonus* is defined as a prudent, virtuous man, a man who is endowed with due reason, must obey to laws and always do good to all other people. Leibniz defined deontic modalities as adjunction of a alethic modalities to 'vir bonus':

*Iustum (licitum) est quicquid, quod viro bono possibile est*  
*the **permitted** is whatever **possible** for a virtuous person to do*  
*Æquum, debitum est quicquid, quod viro bono necessarium*  
*the **obligatory** is whatever is necessary for a **virtuous person** to do*

interchangeably. It seems reasonable that the name "deontic logic" has a broader extension and refers to all deductive systems which formally characterize the ought-sentences, whereas the logic of norms can be regarded as a subtype of deontic logic. See Kalinowski J. *Théorie des propositions normatives* // *Studia Logica*. 1953, no. 1, pp. 147–182.

<sup>24</sup> Action has mainly been regarded in the early works on deontic logic as a transformation of a state of affairs, rather than in the sense of a behaviour determined by intention and information-processing.

<sup>25</sup> A manuscript dating back to 1671. Published in: *Leibniz G. Elementa Juris Naturalis / Sämtliche Schriften und Briefe*, 6. Reihe. Philosophische Schriften. Bd.1. Berlin, 1930. P. 431–485.

<sup>26</sup> *Schepers H. Leibniz' Disputationen 'De Conditionibus': Ansatz zueiner juristischen Aussagen logik* // *Studia Leibnitiana Supplementa*. 1972, no. XV, pp. 1–17.

<sup>27</sup> *Kalinowski J. Un logicien déontique avant la lettre: Gottfried Wilhelm Leibniz*. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophien*, 1971, no. 60, pp. 79–98.

<sup>28</sup> *Leibniz G. Op. cit.* P. 466.

If we express the addition of the modal operators  $\square$  and  $\diamond$  to *vir bonus* by means of a subscript 'v', these definitions can be formalized as follows (where the letter *E* reminding of the German notion 'erlaubt' replaces more traditional *P* for 'permitted' to avoid confusions with the operator of possibility, and  $\alpha$  stands for 'action' instead of *p*), then Leibniz's original definitions can be represented in the following formulas:

$$O(\alpha) \leftrightarrow \square \square_v(\alpha)$$

$$E(\alpha) \leftrightarrow \diamond_v(\alpha)$$

$$F(\alpha) \leftrightarrow \neg \diamond_v(\alpha).$$

Final formula says that all that is unconditionally necessary will also be necessary for *vir bonus*:

$$\square(\alpha) \rightarrow \square_v(\alpha).$$

## Formalisation of deontic logic

Following Woleński<sup>29</sup>, let's take the concept of legal requirement (**Q**) as primitive of deontic modalities, and divide it into *Q* into obligation operator (*O*) and prohibition operator (*PH*), such as  $Q \supseteq \{O, PH\}$ . The concurrent standard model of deontic logic (first drafted by von Wright<sup>30</sup>) employs three modal operators 'O', 'P' and 'F' (which has the same meaning as *PH*), where  $O\alpha$  means that it is obligatory that  $\alpha$  to be performed,  $P\alpha$  means that it is permitted that  $\alpha$  to be performed and  $F\alpha$  means that it is forbidden that  $\alpha$  that to be performed. The three operators are cross-defined by letting 'O' be primitive. Other deontic operators are introduced to the systems by means of the following definitions:

$$P\alpha =_{df} \neg O \neg \alpha \text{ (definition of permission)}$$

$$F\alpha =_{df} O \neg \alpha \text{ (definition of prohibition)}$$

$$I\alpha =_{df} P\alpha \wedge P \neg \alpha \text{ (definition of free choice)}$$

If one adds to von Wright's classical system the additional axiom of contingency  $O(\alpha \vee \neg \alpha)$  one obtains the equivalent of the so called 'standard deontic logic' system, which is more rigorously formalized as follows<sup>31</sup>.

$$O(\alpha \wedge \beta) \rightarrow (O\alpha \wedge O\beta) \text{ (axiom of monotony)}$$

$$(O\alpha \wedge O\beta) \rightarrow O(\alpha \wedge \beta) \text{ (axiom of cumulativity)}$$

$$O\alpha \rightarrow P\alpha \text{ (deontic axiom: 'whatever is obligatory is also permitted')}$$

$$O(\alpha \vee \neg \alpha) \text{ (axiom of contingency: 'there cannot be co-existing obligations to bring about } A \text{ and to bring about } \neg A')$$

Note, that axioms of monotony and cumulativity are equivalent to von Wright's axiom of distribution  $(P\alpha \vee P\beta) \leftrightarrow P(\alpha \vee \beta)$ , meaning that if a disjunction of acts is permitted, then one

<sup>29</sup> Woleński J. Op. cit. P. 198, 199.

<sup>30</sup> Von Wright G. Deontic Logic // Mind. 1961, no. 60, pp. 1–15.

<sup>31</sup> Hansen J. Imperatives and Deontic Logic / On the Semantic Foundations of Deontic Logic. Leipzig, 2007, p. 56.

of the disjuncts is permitted, and vice versa, deontic operator P is distributive over disjunction., while deontic operator O is distributive over conjunction.

If  $\alpha \leftrightarrow \beta$  is a theorem, then  $O\alpha \leftrightarrow O\beta$  is a theorem, or  $\alpha \leftrightarrow \beta / O\alpha \leftrightarrow O\beta$  (axiom of extensionality)

$O\alpha, O\alpha \rightarrow O\beta / O\beta$  (modus ponens)

Using the terminology used by Leibniz and Bentham, and considering the common terminology used in the axiomatizations of deontic logic presented above, we can see that the pragmatically grounded meaning of the term permission (*Perm0*) is different from the formal one (*Perm*), as it means liberty *F* (Faculty) to perform action  $\alpha$ :

$PH\alpha \leftrightarrow O \neg \alpha$

$P\alpha \leftrightarrow \neg PH\alpha$

$O\alpha \rightarrow P\alpha$

$\alpha \equiv F\alpha \equiv P\alpha \wedge P \neg \alpha$

## Deontic square and hexagon

Upholding that is intuitive to derive from the alethic modalities all relations defined in Aristoteles' **Square of Oppositions**, Leibniz demonstrated analogical links between alethic and deontic modalities<sup>32</sup>. Aristotle was concerned with propositions related in terms of quantity and/or quality. Both the quality and the quantity are capable of being negated by a contradictory, as well as opposed by a contrary. In the quantificational form — “all” ( $\forall$ ), “some” ( $\exists$ ), “none” ( $\forall \neg$ ) and “some not” ( $\exists \neg$ ), — the variables generate the following four propositions (‘four corners of square’), which are examples of types to which scholastic logic applied the symbols *A, E, I, O*: *A* “all”, *E* “none”, *I* “some” (in the sense of at least one), *O* “some not” (at least one not). The analogy between the alethic and deontic categories (discussed above) makes it possible to represent the deontic modalities by using the same logical principles applied to Aristoteles' Square of Oppositions:

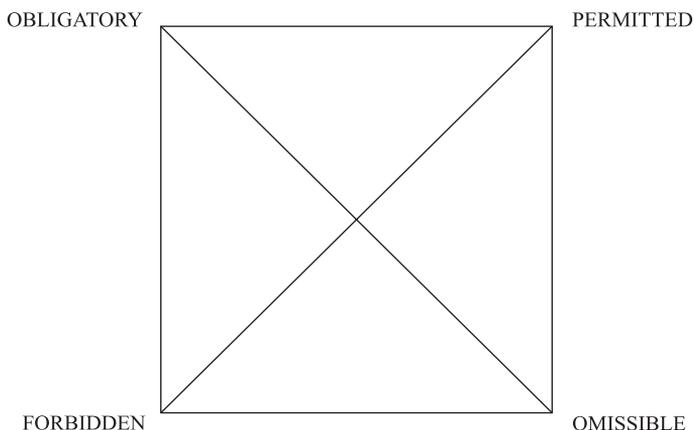
Types of statements	Alethic modes	Deontic modes
<i>A: Universal affirmative</i>	<i>Necessary</i>	<i>Obligatory</i>
<i>E: Universal negative</i>	<i>Impossible</i>	<i>Forbidden</i>
<i>I: Particular affirmative</i>	<i>Possible</i>	<i>Permitted</i>
<i>O: Particular negative</i>	<i>Possible not</i>	<i>Omissible</i>

Given the isomorphism between types of statements in Aristoteles' logic alethic modes and deontic modes, this square can then be translated to a 'deontic square'.

In the corner of deontic square are four statements, expressed in terms of the three alethic modalities 'obligatory', 'forbidden', 'permitted', 'omissible'. Horizontally, the statements in the left and right upper corner are contraries, meaning that not one statement from the left and one from the right corners can be true together. The statements in the left and right lower

<sup>32</sup> Johns C. Leibniz and the Square: A Deontic Logic for the Vir Bonus // *History and Philosophy of Logic*. 2014, no 4, pp. 369–376.

corner present sub contraries, meaning that not one statement from the left and one from the right corners can be false together. Vertically we have the sub-alternatives, meaning that any statement from the right (left) upper corner implies any statement from the right (left) lower corner. The statements that stand diagonally to each other are oppositions, meaning that each statement from one corner implies that any statement from the diagonally opposite corner is false. Thus, we can assert that omission is the negation (contradiction) of prescription, prohibition is the opposite of obligation (or its contrary).



*Figure 1.* Deontic Square

The limits of the system of concepts represented by the deontological square are reached as soon as behaviour is concerned that philosophical tradition refers to as indifferent and normatively determined acts “supererogatory”. However, the scholastics realised that the two horizontal sides of the square were not logically equivalent: **I** and **O** can simultaneously be true, while **A** and **E** cannot. The relationship between **I** and **O** came to be known as ‘subcontrariety’, that between **A** and **E** as ‘contrariety’. In the case of subcontrariety, it is possible to affirm both **I** and **O** simultaneously, through a third possibility which combines them:

*Some legal actions are possible (permitted) (I)*

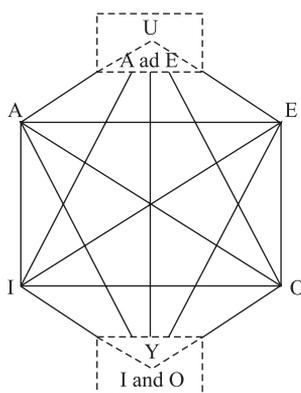
*Some legal actions are not possible (omissible) (O)*

Both **I** and **O** can be true, provided only that the ‘some’ in both propositions does not refer to the same type of legal actions. Blanché was one of the first scholars to observe that the usage of ‘some’ in many natural languages implies reference to some but not all<sup>33</sup>. Unfortunately, the relationship is not reversible. If we negate both **I** and **O** (external negations), we arrive at their contradictories: **A** and **E**, which cannot stand together compatibly within a third term, but can only admit of mediation by a neutral third term (neither **A** nor **E**). In the case of subalternation, we do have exclusivity in one direction: **A** does entail **I** (without any third possibility); **E** similarly entails **O**. However, **I** does not entail **A**, nor does **O** entail **E**. **I** can still be true while **A** is false; **O** can still be true while **E** is false<sup>34</sup>. between contraries differs from that between subcontraries. This was appreciated by the scholastic commentators upon the classical square.

<sup>33</sup> Blanché R. Structures intellectuelles, essai sur l’organisation systématique des concepts. Paris, 1966.

<sup>34</sup> Jackson B. Semiotics and Legal Theory. Liverpool, 1985.

Their account implies the existence of two further points, one negating both contraries, the other a point which combines both contraries. Robert Blanché sought to propose an extension to the Aristotelian square of opposition by making the relationships between contraries and contradictories more explicit. He proposed therefore a triangle of contrariety (modelled after Leibniz triangle *officium, licitum and peccatum*), whose corners were A, E. Moreover, he added new position Y, associated with this new meaning. As Y can be obtained by the conjunction of I and O, he eventually constructed a hexagonal shape, including an additional position U, a ‘compound’ position obtained by the disjunction of A and E. The position Y represents, in qualitative terms, the *neutral position, which cannot be described in either positive or in negative terms*. Adding two more nodes or vertices to the square—one above the top horizontal connection and one below the bottom horizontal connection of the square—yields a hexagonal shape known as the Blanché’s hexagon or the Blanché’s star.



**Figure 2.** Deontic hexagon

The two new operators, U and Y, are respectively defined in as the disjunction of the two top corners of the square and the conjunction of the two bottom corners of the square:

$$U \equiv A \vee E \text{ (all or no)}$$

$$Y \equiv I \wedge O \text{ (some but not all)}$$

The inclusion of two additional types of statements (Y and U) would generate a geometric structure known as ‘logical hexagon’, from which we can derive additional types. In addition to the terms already used in the square (obligatory, forbidden, permitted, and not obligatory), the hexagon also includes the terms *indifferent* and *normatively determined*. The major addition entailed by the refinement of the deontological square the deontological hexagon is the three positive deontic modalities in upper triangle — *obligatory, forbidden and (normatively) indifferent* — and three negative deontic modalities in lower triangle — *permitted, not obligatory and normatively determined*<sup>35</sup>. Using the vocabulary of deontic logic, it is possible to justify the definition of a bilaterally permission to do or not to do — Y — is defined by conjunction of “permitted and not obligatory”. The modality of *normatively determined* is defined by the triadic opposition to subcontraries I and O and by the negation of *indifferent*, and, on the other hand,

<sup>35</sup> Joerden J. Deontological Square, Hexagon, and Decagon: A Deontic Framework for Supererogation // *Logica Universalis*. 2012, no.1/2, pp. 201–216.

“either obligatory or forbidden”. This position remains very close to the Stone’s opinion, who has sought to make explicit that the modality *indifferent* of deontic logic is not very helpful for expressing the neutral absence of **the dispositive concepts** because it really means a permissive by a licensory norm and not obligatory<sup>36</sup>. Thus, from Stone’s demonstrations, it can be seen that the minimal design of **closed legal systems** is closed upon the obligatory and permissive modalities (the closure rule). In open legal systems, that permit or tolerate a legal neutrality in those cases when the legal system contains no rule specifically governing a certain act or omission, a further modality of conduct, which is neither prohibited nor required. Tammelo and Klinger called the modality the *allowable*, which covers *the permissive* and *the deontically neutral modalities*<sup>37</sup>. It is interesting to observe from the perspective of comparative legal theory that modern Western legal systems in their classical form fall under the category of closed legal systems, where certain acts may be permitted, required or prohibited, while traditional Islamic law is more diverse and open-ended, for it leaves a space for *positively allowed (recommended)* or *negatively disallowed (disapproved)* modalities of actions. Indeed, by looking at the terminology used in Islamic law to deontologically evaluate legal acts, it is possible to distinguish five basic types (modalities):

- (1) obligation (*wagib, fard*),
- (2) prohibition (*muharam*),
- (3) recommendation to commit an act (*mandub, mustahabb*),
- (4) recommendation to omit an act, i.e. disapproval of an act (*makruh*),
- (5) indifference (*ibaha, mubah*).

## Conclusion: further extensions of deontic models

The recent studies<sup>38</sup> have demonstrated that Leibniz’s derivation of the deontic operators from alethic modal operators, is methodologically very similar to the reduction of deontic logic to alethic modal logic described by Stig Kanger<sup>39</sup> and Alan Ross Anderson<sup>40</sup>. In their more elaborated approach, Kanger and Anderson succeeded to prove that the analogy between the alethic and deontic modal concepts (already described by Leibniz 300 years earlier) is not only useful for deriving the modalities of the former to the latter, but also very helpful for reduce deontic logic to alethic modal logic. In order to make this reduction possible Kanger added a special Q constant (which is translated into natural language as ‘*what morality proscribes*’), while Anderson achieves the same goal by incorporating another special constant S (‘*sanction*’ or ‘*a bad state of affairs*’) to an arbitrary modal system. Then, a traditional deontic O (*it is obligatory that*) operator is then defined as follows:

$$\begin{aligned} ({}_{def} OQ) O\alpha &=_{def} \Box (Q \rightarrow \alpha) \\ ({}_{def} OS) O\alpha &=_{def} \Box (\neg a \rightarrow \alpha) \end{aligned}$$

<sup>36</sup> Stone J. Op. cit.

<sup>37</sup> Tammelo I. *Outlines of Modern Legal Logic*. Wiesbaden, 1969; Klinger R. *Basic Deontic Structure of Legal Systems*. Sydney, 1969.

<sup>38</sup> For example, see Lenzen W. *Leibniz on Alethic and Deontic Modal Logic* / Berlioz D., Nef F. (eds.) *Leibniz et les Puissances du Language*. Paris, 2005. P. 341–362.

<sup>39</sup> Kanger S. *New Foundations For Ethical Theory*. Part 1. Stockholm, 1957.

<sup>40</sup> Anderson A. *A Reduction of Deontic Logic to Alethic Modal Logic* // *Mind*. 1958, vol. 67, pp. 100–103.

In Kanger's interpretation (which is almost identical to Leibniz's interpretation), the proposition '*an action  $\alpha$  is obligatory*' is to be understood as 'what morality prescribes necessitates an action  $\alpha$ .' Anderson's interpretation is rather different from that, for it privileges consequences over action, that is, the same proposition means that '*not performing an action necessitates the sanction ('leads to a bad state of affairs')*'<sup>41</sup>. Anderson's approach to reduction of deontic reveals its real potential as part of Meyer's reduction of deontic action logic to dynamic logic<sup>42</sup>.

Now let's discuss another problem with the first systems of deontic logic were developing as if there might be only one legislative entity, from whom the norm emanates vertically to all norm addressee<sup>43</sup>. Unfortunately, the first systems of deontic logic presented very simplistic model of normative regulation, which failed to account for reciprocal horizontal reciprocal juridical relations, such as those introduced by Hohfeld<sup>44</sup>, who built his theory of law upon the notion of a personal contract between two individuals, rather than on the notion of an impersonally permitted or a prohibited action: '*Y has a duty toward X that...*'. Moreover, a certain number of norms has a very limited and defined group of individuals, to whom these norms addresses. Hence a relation of reciprocal personal action becomes very important in any attempt<sup>45</sup> to introduce individuals into deontic logic as variables or parameters attached to a deontic operator, by indexing deontic operators with special prefixes, meaning either the subject or the addressee of this norm. For example, in case of a norm which is recognized by all individuals locate within the same legal system (a universally valid norm), we can say that  $x$  (legislative body) makes it obligatory that  $p$ , an expression which can be also read: '*it is obligatory, with respect to the authority  $x$ , that  $p$* ' or '*it is obligatory, toward  $x$ , that  $p$* '.

After assigning individual prefixes to deontic operators, it is possible to introduce a new ingredient to the model, namely, personal human attitudes of deontic agents felt towards the deontic operators. One of the forerunners of modern deontic logic, Meinong conceived of strongest human feelings — *desires*<sup>46</sup> — as the presentation of norms: to desire something is to be presented with it as something that ought to be. We have a modal language that gives us the means we need for a schematic description of agent-based personal deontic logic. The basic modalities constructed for such system would be

a)  $O_{AN}(p)$ , which is read as follows — in normative system  $N$ , agent  $A$  is **obliged to see to it that  $p$** ;

b)  $D_N(p)$ : the normative agent  $N$  **desires**  $p$ ;

c)  $V_{NA}(p)$ : according to normative system  $N$ ,  $p$  counts as a violation by agent  $A$ ;

d)  $S_{NA}(p)$ : according to  $N$ ,  $A$  is sanctioned by the normative agent  $N$  for  $p$ .<sup>47</sup>

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Meyer J. A Different Approach to Deontic Logic: Deontic Logic Viewed as a Variant of Dynamic Logic // Notre Dame Journal of Formal Logic. 1988, no 1, pp.109–136, in which  $F(\alpha)$  supposed to be read as 'action  $\alpha$  is forbidden, is reduced to  $[\alpha] V$ , after the execution of a  $V$  holds.

<sup>43</sup> Boella G., Van der Torre L. Obligations as Social Constructs: Advances in Artificial Intelligence: 8th Congress of the Italian Association for Artificial Intelligence. Proceedings. Lecture Notes in Computer Science. Pisa, 2003, pp. 27–38.

<sup>44</sup> Hohfeld W. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // Yale Law Journal. 1913, vol. 1, pp. 16–59.

<sup>45</sup> Kanger's theory (using the concept of action) was originally conceived as an explanation of Hohfeld's concepts, but should perhaps be rather seen as an independent theory.

<sup>46</sup> Meinong A. On Emotional Presentation. Evanston, 1972.

<sup>47</sup> Boella G., Van der Torre L. Op. cit. P. 29.



## References

- Alchourrón C., Bulygin E. (1984) Pragmatic Foundations for Logic of Norms. *Rechtstheorie*, no. 15, pp. 453-464.
- Alexander L., Bayles M. (1980) Hercules or Proteus? The Many Theses of Ronald Dworkin. *Social Theory and Practice*, no. 3-4, pp. 267-303.
- Åqvist L. (2002) Deontic Logic. In: Gabbay, D., Guentner, F. (eds.) *Handbook of Philosophical Logic*, vol. 8. Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers, pp. 147-264.
- Boella G., Van der Torre L. (2003) *Obligations as Social Constructs*. Advances in Artificial Intelligence. 8th Congress of Italian Association for Artificial Intelligence. Proceedings. Pisa: Einaudi, pp. 27-38.
- Bulygin E. (1986) Legal Dogma and Systematization of Law. *Rechtstheorie*, no. 10, pp. 193-210.
- Bulygin E. (2013) Kelsen on the Completeness and Consistency of Law. In: D'Almeida L. et al. (eds.). *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford: Clarendon Press, pp. 225-243.
- Czelakowski J. (1997) Action and Deontology. In: Ejerhed E., Lindström S. (eds.). *Logic, Action and Cognition*. Dordrecht: Kluwer, pp. 47-88.
- Dworkin R. (1977a) *No Right Answer?* In: Hacker P., Raz J. (eds.) *Law, Morality and Society*. Oxford: Clarendon Press, pp. 58-84.
- Hansen J. (2007) *Imperatives and Deontic Logic. On the Semantic Foundations of Deontic Logic*. Leipzig: University of Leipzig Publishing, p. 56.
- Hohfeld W. (1913) Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, vol. 1, pp. 16-59.
- Jackson B. (1985) *Semiotics and Legal Theory*. Liverpool: Deborah Publications, 373 p.
- Jackson B. (2017) Journey into Legal Semiotics. *Actes Sémiotiques*, no. 120, pp. 1-43.
- Johns C. (2014) Leibniz and the Square: A Deontic Logic for the Vir Bonus. *History and Philosophy of Logic*, no. 4, pp. 369-376.
- Joerden J.C. (2012) Deontological Square, Hexagon, and Decagon: A Deontic Framework for Supererogation. *Logica Universalis*, no. 1/2, pp. 201-216.
- Kalinowski J. (1974) Un logicien déontique avant la lettre: Gottfried Wilhelm Leibniz. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, no. 60, pp. 79-98.
- Kelsen H. (1967) *The Pure Theory of Law*. Berkeley: University of California Press, 356 p.
- Lenzen W. (2005) Leibniz on Alethic and Deontic Modal Logic. In: Berlioz D., Nef F. (eds.) *Leibniz et les Puissances du Langage*, Paris: Vrin, pp. 341-362.
- Meyer J. (1988) A Different Approach to Deontic Logic: Deontic Logic Viewed as a Variant of Dynamic Logic. *Notre Dame Journal of Formal Logic*, no. 1, pp. 109-136.
- Mullock P. (1975) The Stone-Tammelo Deontic Logic. *Logique et Analyse*, no. 18, pp. 65-89.
- Wolenski J. (2006) Three Contributions to Legal Philosophy. In: Jadacki J., Pańniczek J. (eds.) *The Lvov-Warsaw School: The Next Generation*. Amsterdam—New York: Rodopi, pp. 195-213.

# Forms of Systematization of Tax Legislation<sup>1</sup>

---



**A.N. Kozyrin**

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

---



## **Abstract**

The article presents the forms of systematization of tax legislation. It explains the substance and object-matter, juridical and economical goals, tasks and challenges of the systematization of tax legislation. As contemporary challenge of the systematization of tax legislation, the article emphasizes the role of the economic unions, in particular Eurasian Economic Union and its related objectives of harmonization and unification of tax legislation among member-states. It defines the notions of harmonization and unification, provides examples and explains the differences between harmonization and unification. The article informs who is in charge of coordination of harmonization and unification of tax regulation among post-Soviet countries. As another challenge of systematization of tax legislation, the study identifies those areas in tax regulation, which remain unresolved at the legislative level despite the constant attention given to them by law enforcement institutions. As an example of such issue, the article discusses the presumption of good faith of the taxpayer in tax relations. The research examines the forms of systematization of tax legislation, in particular, it discusses incorporation, consolidation and codification as forms of systematization of tax legislation. Besides, the article considers different views of researchers regarding including inventory and preparation of a body of law as a separate and distinct forms of systematization. The article defines incorporation, gives its examples, explains the difference between formal and informal incorporation. Furthermore, the study introduces consolidation and gives definition, explains how it differs from other forms of systematization of tax legislation and provides examples of consolidation. As a last form of systemization of tax legislation, the article examines codification. First, the study defines codification, indicates the distinction of codification from other forms of systemization of tax legislation. Afterwards, the study discusses goals and legal definition of codification in different legal acts. As a last part of the research, the article analyzes in detail codification as a form of systematization of tax legislation in the Russian Federation.

---



## **Keywords**

tax, taxation, legislation, Tax Code, EAEU member-states, systematization of tax legislation, forms of systematization.

---

Citation: Kozyrin A.N. (2017) Forms of Systematization of Tax Legislation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 73–82 (in English)

JEL: K34; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.73.82

---

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

Bringing a substantial number of laws and other legal acts regulating a range of similar relations into an integrated and ordered system is the essence of systematization of legislation. In other words, systematization puts in order a body of regulatory acts within a specific branch of legislation.

A.S. Pigolkin, a well-known Russian legal theorist, has defined systematization of legislation as “efforts to put in order and improve legal regulations and to bring them to a specific, internally consistent system”<sup>2</sup>.

The significance of systematization in general and systematization of tax legislation in particular lies in the contribution it makes to improving legislation, which may then be readily updated by removing obsolete acts and conflicting standards. This is what researchers refer to as a “clearing” of the normative array<sup>3</sup>.

From the standpoint of a “user” of tax legislation, systematization is valuable because it inevitably simplifies the use of the regulatory array and creates favorable conditions for swift and accurate orientation among a substantial number of acts of tax legislation, thereby facilitating access to tax law.

Finally, systematization of legislation improves the general level of legal education and the culture of law and taxation in a society.

The above objectives represent the juridical goals of systematization of tax legislation. All of them are derived from the economic purpose of systematization: enhanced effectiveness in the legal regulation of taxable relations to ensure the implementation of the fiscal objectives and tasks of the state to the fullest extent possible. Thus, systematization is not an end in itself;<sup>4</sup> it aims at improving the form and content of legislation to implement the tasks set.

A number of practical and technical assignments must be completed in order to reach the legal and economic objectives of systematization of tax legislation as it progresses from “spontaneous systematization” to a planned and meaningful process of improving the form and the content of the legislation.

Improvement of the mechanism for implementing tax legislation has become one of the main tasks of systematization in Russia and is also linked to its other practical goals, such as eliminating conflicts and gaps in legal regulation, refraining from drafting laws and other legal acts concerning only “small” or narrow matters, improving the overall conceptual framework, eliminating “internal conflicts” arising from differences in understanding of the basic terms of tax law, and ensuring compliance with the international legal commitments undertaken by the Russian Federation.

These practical goals for systematization are common to legislative systematization in general, i.e. for improving and bringing order to legislature in any area, including tax legislation.

However, issues of tax policy and regulation in Russia at present necessarily bear on tax legislation and require that the scope of practical objectives for systematization be broadened and revised.

Broadening the systematization of legislation is necessary, first, to take into account the Russian Federation’s membership in the Eurasian Economic Union (EAEU) and the related objectives of harmonizing and unifying tax legislation among the EAEU members.

Harmonization and unification of tax regulation, which are both processes of approximating national tax regulation systems by decreasing or even eliminating differences among them, are important features of any economic union.

---

<sup>2</sup> Yuridicheskij Enciklopedicheskij Slovar. Moscow, 1987. P. 422.

<sup>3</sup> *Pigolkin A. S. et al. Sistematizaciya zakonodatel'stva v Rossijskoy Federacii. [Systematization of Legislation in Russia]*, Saint Petersburg, 2003. P. 30–31.

<sup>4</sup> *Ignatieva I.A. Teoriya i praktika sistematizacii ekologicheskogo zakonodatel'stva Rossii. [Theory and Practice of Systematization of the Russian Environmental Legislation]*. Moscow, 2007. P. 11.

Harmonization of tax law and its unification are interrelated but not identical. Harmonization of tax legislation is the broader concept. Approximation of national legislation on taxes and fees (harmonization, in other words) can be carried out through unification of tax law, but harmonization may also go beyond unification. In turn, harmonization of national models of tax legislation presupposes their unification when the states participating in the process undertake certain international obligations.

Unification of legal norms is one of the main activities of international organizations. They help ensure that international agreements provide uniform and “similar” standards that are subsequently to be introduced into the national legislation of the countries that are parties to those agreements. Unification is a norm-setting activity occurring first in international law and then passing into national (domestic) legislation through the implementation of international treaties.

While unification always presupposes the existence of some form of international treaty, approximation (harmonization) of legislation may be achieved not only by means of unification but also in other ways.

Because of fast-developing international economic relations and institutions for regional economic integration, the number of multilateral international treaties and other international legal instruments aimed at unification of tax regulation grows year by year.

International organizations and supra-national structures among post-Soviet countries, including bodies created for the CIS and the EAEU, have been actively involved in these processes. For instance, the “Agreement on the establishment and implementation of the procedure for settlement and distribution of import customs duties (other duties, taxes and fees, having equivalent effect) in the Customs Union” was adopted in Saint Petersburg on May 20, 2010<sup>5</sup>; the “Protocol on the procedure for indirect tax collection and payment control mechanism upon exporting and importing of goods in the Customs Union” was signed in Saint Petersburg on December 11, 2009<sup>6</sup>; other regulations along these lines have also been issued.

The adoption of so-called “model laws” demonstrates another form of unification of tax legislation in post-Soviet countries. In order to unify tax regulation within the CIS, model tax laws have been steadily adopted in recent years. The “Model Tax Code for CIS Member States: General Part (new edition)” was adopted at the 39th Plenary Session of the Inter-Parliamentary Assembly of the CIS in Saint Petersburg on November 29, 2013 (Resolution 39-10).<sup>7</sup> A special part of the model tax code is being adopted in separate chapters devoted to certain taxes and fees, as well as special tax regimes. Between 2001 and 2015, the Inter-Parliamentary Assembly of the CIS has approved a succession of eleven such chapters<sup>8</sup>.

The process of harmonization and unification of tax regulation in post-Soviet countries is coordinated at the level of the Consultative Committee for Tax Policy and Administration established under the Board of the Eurasian Economic Commission.

A further revision to the systematization of tax legislation is required to identify those areas in tax regulation which remain unresolved at the legislative level despite the constant attention given them by law enforcement (courts and tax administration in tax disputes).

---

<sup>5</sup> Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 15.05.2017)

<sup>6</sup> Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 15.05.2017)

<sup>7</sup> Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 15.05.2017)

<sup>8</sup> As examples: Model Tax Code. Special Part. Chapter 1. Value-added Tax, November 24, 2002; Model Tax Code for the CIS Member-States. Special Part. Chapter 11. National and Local (Regional and Municipal) License Fees. Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 15.05.2017)

Although it may be hard to believe, in the Russian tax law even the principle of the presumption of good faith on the part of the taxpayer, which is one of the principles most frequently invoked in resolving tax disputes, has yet to be established by legislative acts. It has not even received mention in either the Tax Code or any other legislation pertaining to taxes and fees.

The presumption of good faith on the part of the taxpayer has become one of the most important legal means for taxpayers to safeguard their legitimate interests without allowing abuse of taxpayer rights that would infringe the rights and legitimate interests of others.<sup>9</sup>

The presumption of the taxpayer's good faith assumes that any taxpayer is considered to act in good faith and should be protected by all the tools provided for in the tax legislation unless some tax authority can prove malfeasance. Thus, the burden of proof for a taxpayer's malfeasance is imposed on tax authorities.

However, the presumption of a taxpayer's good faith has been applied legally without its being acknowledged in the legislation on taxes and fees. Presumption of a taxpayer's good faith was formulated by the Constitutional Court of the Russian Federation (Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of October 12, 1998<sup>10</sup>; the Ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 1, 1999<sup>11</sup>, and others). Since then, this principle of tax law has been further elaborated by jurisprudence (Resolution of the Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation of October 12, 2006, No. 53 "On assessment by arbitration courts of the validity of a tax benefit received by a taxpayer"<sup>12</sup>).

Incorporating the principle of the taxpayer's good faith into Russian legislation on taxes and fees is one of the most urgent tasks at the current stage of systematization of tax legislation.

Choosing the *forms* of systematization of tax legislation is also a critical task.

Because systematization is often seen as a continuous process for improving and streamlining tax legislation, it can be argued that almost all of its forms will eventually be implemented in practice. The challenge in planning systematization is to determine how to employ different forms of systematization of tax legislation in the proper sequence.

When choosing a particular form of systematization, the process should move gradually from simple forms to those that are more complex. Implementing systematization gradually allows the time needed to react to each new form of systematization. Legal theory typically recognizes incorporation, consolidation and codification as forms of systematization.<sup>13</sup> Inventory and preparation of a body of law are also sometimes regarded as separate and distinct forms of systematization, although legal studies have not established any clear status for them.

---

<sup>9</sup> The essence of the presumption is that a *defaulting taxpayer* may not use different kinds of benefits and ways of protection provided for in the tax legislation, because their use has directed *exclusively to receiving benefits* provided by tax legislation (*tax benefits*). A *fair taxpayer* receives tax benefits because of their actual social or other socially significant effect of their specific activity, legally recognized substantial for receiving such benefits and applying the protection tools.

<sup>10</sup> Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of October 12, 1998 No. 24-P "On the case of the constitutionality of Article 11 of the Law of the Russian Federation dated December 27, 1991, "On the foundations of the tax system in the Russian Federation". Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 12.06.2017)

<sup>11</sup> Ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 1, 1999 No. 97-O "Upon request from the Arbitrary Court of the Nizhny Novgorod region on the constitutionality of the second part of Article 9 of the Federal Law "On the Budget of the Pension Fund of the Russian Federation for 1997". Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 12.06.2017)

<sup>12</sup> Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 21.06.2017)

<sup>13</sup> They are sometimes referred to as types of systematization. Researchers who emphasize the continuity and sequential aspect of systematization processes may classify them as stages of systematization.

Some researchers do recognize inventory as an independent form of systematization (A. S. Pigolkin and others) and justify that conclusion by referring to the position of the Prosecutor General's Office of the of the Russian Federation on this issue. The Instruction on the Procedure for Systematization of Legislation in Public Prosecution Bodies approved by the Attorney General's Order of April 19, 2004, No. 9 lists among the activities that are part of systematization of legislation: inventory of legal regulations; maintenance of the regulatory framework and codes of the Russian Federation in a state of order; consultancy activities; and development of reference information, including by means of modern information and communication technologies,

A contrasting approach excludes inventory of regulatory acts from the process of systematization (A. V. Mitkevich). Adherents of this view hold that there is at least one fundamental difference between inventory and systematization: systematization presupposes changing and removing regulations, while an inventory does not entail any such actions.

Obviously, systematization should not be limited to inventory of legal regulations, registers and classifications because systematization is always associated with alterations (dynamics) of legislation in form and/or content. However, for incorporation, consolidation and codification to proceed, it is indeed necessary to have precise knowledge of the state of the legal framework at a particular time.

Therefore, an inventory could be characterized as a prerequisite condition or requirement and a preparatory stage for systematization. The value of taking an inventory of legislation is based on its role as a precondition for the successful implementation of any systematization project. Incorporation, consolidation or codification cannot be properly carried out if an inventory of legal acts has not been maintained.

Responsibility for inventorying the legislature concerning taxes and fees can be delegated to the federal executive body authorized to develop public policy and regulate relations pertaining to taxes and fees, which for the Russian Federation is its Finance Ministry. The electronic resources and the official website of the Ministry may be employed for these purposes. The usefulness of this function of the Russian Finance Ministry is in keeping with the very essence of administrative reforms in the Russian Federation, which stipulates that of all the federal executive authorities (ministries, agencies, and services) only the ministries are empowered to develop regulations. And the ministries are therefore the appropriate institution to charge with the task of maintaining the entire array of regulations in each area of public administration.

The Finance Ministry can also turn to the Federal Tax Service (FTS) and other government agencies (for instance, the Research Institute under the Ministry) for assistance in inventorying legislation on taxes and fees.

The objective of making an inventory of regulations on taxes and fees is not limited to collecting and "taking stock" of them, but also includes continual updating of those acts and maintaining them as "effective regulation" that takes into account all the changes and amendments that have been introduced. This function is now performed by privately operated information and legal reference databases (such as "Consultant Plus" and others) that enable filtering regulations on taxes and fees to find those currently in effect while excluding those rescinded or no longer valid.

Some researchers hold that preparation and publication of a body of law<sup>14</sup> is a distinct and independent form of systematization, and they cite certain legal regulations as support for their point of view, in particular the Presidential Decrees of February 6, 1995, No. 94 "On the

---

<sup>14</sup> Polenina S., Koldaeva N. Svod zakonov RF kak forma sistemizatsii normativnykh aktov // Rossijskaya yustitsiya. 1996, no. 12, p. 13-14.

preparation for publication of the Body of Law of the Russian Federation”<sup>15</sup> and of February 14, 1998, No. 170 “On measures to improve efficiency of work on the formation of the Body of Law of the Russian Federation.”<sup>16</sup> However, singling out the Body of Law of the Russian Federation as an independent form of systematization of legislation would be, as noted by I. A. Ignatieva, justified only if the principal features of the Body of Law are legally fixed (for instance, through its validation as a law) in relation to other official collections of acts and statutes.<sup>17</sup>

Incorporation is the form of legal systematization which involves only external revision of the legal regulations; it does not presuppose insertion of any changes in the content of legislation and therefore is a form of “external systematization”.

External revision of legislation through incorporation starts with purging the normative content by removing non-regulatory provisions, various operational orders, and interim rules no longer valid at the time of systematization. The regulations systematized in this way are then grouped in various collections, either by chronological order (i.e. the date of issuance) or by the subject of legal regulation (for instance, acts may be grouped according to the type of taxes and fees, such as by federal, regional and municipal categories; or according to the kind of relations regulated, such as by taxation on real estate, personal taxes, taxation of enterprises, etc.).

Setting up collections of tax legislation was at one time a very common form of systematization, but it is now neglected. However, collections of legislation may contribute to improving the quality of consulting services provided to those involved in legal taxable relations and improve their overall awareness of the state of the regulatory framework for taxation.

Incorporation of legal regulations can be both *formal* and *informal*. When it is formal, the incorporated acts are grouped in collections which are to be approved by the issuing authorities. This form of systematization is rarely used in the Russian Federation.

When the incorporation is informal, the collections are devised and published by interested parties on their own initiative and without any authorization from the competent government bodies. Because of frequent tax reforms and changes in tax rules, informal incorporation of tax legislation has become less valuable (during the Soviet period, informal incorporation was very common and demanded by financial bodies, accounting departments of enterprises, and by individuals). Various legal reference databases that offer updated information on changes in the tax legislation have also played a role in diminishing the status of informal incorporation. However, it would be premature to say that informal incorporation is superfluous. There is still a demand in the practice of law enforcement for guidance from informal incorporation of tax regulations provided that the incorporation employs informed, professional selection of the criteria and principles of systematization. Collections of tax legislation prepared by “manual” selection of the documents rather than mechanically (or automatically) are still in demand.<sup>18</sup>

*Consolidation* is another form of systematization of legislation. It is implemented by merging regulations on one or several matters into a single more comprehensive act. Consolidation addresses a multiplicity of forms of legal regulation by establishing large homogeneous segments in the structure of legislation. What distinguishes this form of systematization is that the new more comprehensive act does not change the content of the legal regulation and does not amend the legislation to be systematized.

---

<sup>15</sup> The Act has expired in 2005.

<sup>16</sup> Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 24.06.2017)

<sup>17</sup> Ignatieva I.A. Op. cit. P. 17–18.

<sup>18</sup> Collections for international tax law remain popular and demanded in practice, for instance, such the collections of international tax law as the Collection of International Treaties of the Russian Federation to Avoid Double Taxation, published in Moscow in 1995.

There are few examples of this form of systematization in Russian tax law. However, merging the provisions of Federal Law of July 20, 1998, No. 116-FZ “On state control over the compliance of large consumption expenses of physical persons to their actual income”<sup>19</sup> with the first part of the Tax Code of the Russian Federation<sup>20</sup> represents a kind of remedial consolidation.

By merging Federal Law No. 116-FZ with the Tax Code of Russian Federation, an institution of public control has been transformed into a form of tax control, and the Tax Code was enriched with the following three articles:

- Article 86.1 “Tax control over the expenses of physical persons”;
- Article 86.2 “Responsibility of organizations or authorized persons related to the implementation of fiscal control over expenses of a physical person”;
- Article 86.3 “Implementation of fiscal control over expenses of a physical person.”<sup>21</sup>

*Codification* is a more complex form of systematization of legislation, which is associated with internal revision of regulatory content and the development of a new regulatory act. Codification is often called “the pinnacle of systematization”, because it is not limited to “external” codification only; it reflects the results of “internal” systematization, within which the legal regulations are transformed, including by developing new ones and abolishing outdated ones.

The codification process ensures the coherence, comprehensiveness and consistency of legal regulation and elimination of legal incompatibilities; it provides consistency in the conceptual apparatus (or terminology) and elimination of rules that are juridical anachronisms.

Codification, as already noted, deals not only with legal acts (as in the case of incorporation and consolidation), but also and above all with legal norms. During the codification process, norms are made internally consistent, an optimal structure for legislation is proposed, gaps in the current legislation are filled, various amendments concerned with changes in the texts of “corresponding” legal regulations are introduced, the terminology is unified, and technical and grammatical errors and omissions are corrected, etc.

It should be noted that a legal definition of codification exists for EAEU member states that adopted laws on regulatory acts. According to Article 1 of the Law of the Republic of Belarus of January 10, 2000 No. 361-Z “On regulatory legal acts”, codification is defined as a “type of systematization of legal regulations accompanied by revision of the content of legal regulation established by them through merging regulatory acts into a single piece of legislation that establishes standards and that contains systematized provisions aimed at regulating a certain area of social relations.” A codified act is defined in Article 2 of the Law as a “law, which provides overall systemic regulation of a certain area of social relations.”

A codification act is an extensive segment of legislation (legislative act), characterized by a complex structure and substantial volume. Different countries may use different terms to identify a codification act. In the Russian Federation, there is the Tax Code, but in Germany it would be called the Regulation on Taxes. At certain historical stages in the Russian Empire and Soviet Russia, codification acts were referred to as statutes.

Currently, four of five EAEU member states have effective tax codes: the Tax Code of Russian Federation of 1998, the Tax Code of the Republic of Belarus of 2002, the Code of the

<sup>19</sup> Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 07.07.2017)

<sup>20</sup> Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 07.07.2017)

<sup>21</sup> These articles of the Tax Code have since been abolished by the Federal Law of 7 July 2003 No. 104-FZ “On the abolition of the provisions of the legislative acts of the Russian Federation related to the tax control over expenses of physical persons” // Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 07.07.2017)

Republic of Kazakhstan of 2008 “On taxes and other compulsory payments to the budget (the Tax Code)”, and the Tax Code of the Kyrgyz Republic of 2008. In the Republic of Armenia, a draft has to codify act is currently under discussion<sup>22</sup>.

In the Russian Federation, Part 1 of the Tax Code (hereinafter the RF TC)<sup>23</sup> was adopted in 1998, and Part 2<sup>24</sup> two years later, in 2000.

To “apply” Parts 1 and 2 of the RF TC, special operational laws were adopted: Federal Law of July 31, 1998, No. 147-FZ “On the Introduction of Part 1 of the Tax Code of the Russian Federation”<sup>25</sup> according to which Part 1 of the RF TC came into effect on January 1, 1999, and Federal Law of August 5, 2000, No. 118-FZ “On the Introduction of Part 2 of the Tax Code of the Russian Federation and on the Amendments to Certain Legislative Acts on Taxes of the Russian Federation”<sup>26</sup> with an effective date of January 1, 2001<sup>27</sup>.

A codified act, on the one hand, includes rules regulating the most important, fundamental issues that define the legislative framework for a certain branch of legislation; on the other hand, it regulates a wide scope of social (economic) relations. Consequently, the code has both significant regulative value and substantial volume that distinguish it from non-codified acts (the RF TC consists of 51 chapters).

The Tax Code includes both rules already tested in practice (codification is designed to create more sustainable rules with long-term effects) and also new rules inserted because of changes in economic conditions, the dynamics of social activity and urgent needs of development (a consolidated group of taxpayers, foreign-controlled companies, tax monitoring, etc.).

Specific tasks of the “internal systematization” of legal regulation that were carried out in the process of codification explain certain specific features of the Tax Code. First, the Tax Code clearly states the scope of relations regulated by the tax legislation, and this distinguishes the subject of the Tax Code from allied civil, customs and administrative legislation (Art. 2 of the RF TC). Second, the Tax Code contains a glossary of terms (Art. 11, 11.1 of the RF TC<sup>28</sup>), which helps participants in tax relations to understand the main terms and concepts of tax law. Third, the Tax Code establishes (Art. 3 of the RF TC) the principles of tax legislation to ensure uniform approaches to formulating and applying tax norms, as well as to filling in the gaps in the tax law.

---

<sup>22</sup> In Armenia at the time of writing the article, non-systematized tax legislation regulated the area of taxation. It is framed with the Law of Armenia “On taxes” adopted in 1997. The Law “On taxes” plays the same role in Armenia as the Law of the Russian Federation “On the foundations of the tax system in the Russian Federation” played in Russian tax legislation. It defines the concept of tax and the types of taxes collected in Armenia, principles of tax law, the procedure for resolving tax disputes and responsibility for a breach of the tax legislation. For each of the taxes in Armenia specific laws were adopted, which, in accordance with the provisions of the Law “On taxes”, regulate collection of certain taxes (Law “On the profits tax”, Law “On the real estate tax”, etc.).

<sup>23</sup> Tax Code of the Russian Federation (Part 1) of July 31, 1998, No. 146-FZ // Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 14.07.2017).

<sup>24</sup> Tax Code of the Russian Federation (Part 2) of August 5, 2000, No. 117-FZ // Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 14.07.2017).

<sup>25</sup> Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 14.07.2017)

<sup>26</sup> Available at: SPS Consultant Plus (accessed: 14.07.2017)

<sup>27</sup> It should be noted, that the operational laws, which brought into force Parts 1 and 2 of the Tax Code of the Russian Federation, provided for different effective dates for certain provisions of the Tax Code.

<sup>28</sup> Technically, the presence of two or more glossary articles in the Tax Code can hardly be considered the best solution. Art. 11 of the RF TC provides for the institutions, concepts and terms used in the RF TC, while the next article (Article 11.1) summarizes concepts and terms related to taxation of hydrocarbon extraction.

The subject matter of codification emerges as a result of the division of the legislative system into branches. In the Russian Federation, systematization of legislation on public finances has proceeded by means of codification at a sub-sectoral level (by enacting budget, tax and monetary legislation).

Codification aims *inter alia* at strengthening the systematic character of regulatory acts along with their unity and coherence. A code guides the category of legislation which emerges in the process of systematization. Defining the term “tax legislation” and establishing the relationship between the Tax Code and other acts of tax legislation, as well as other sources of tax law, therefore represent an important element of codification.

The RF TC (Art. 1) sets out the definition of tax legislation (“legislation on taxes and fees”), establishes the role of the Tax Code in forming the legislative category and stipulates the supremacy of the Code’s provisions over any other legislative rules regulating tax relations.

The federal state structure of the Russian Federation dictated the concept for and the structure of legislation regulating the procedure for collecting taxes and fees.

Article 1 of the RF TC defines the three-level structure of legislation on taxes and fees:

1) Federal level (“legislation of the Russian Federation on taxes and fees”) composed of the Tax Code of the Russian Federation and the laws adopted in accordance with the Code (Federal Laws introducing changes and amendments into the RF TC; operational laws, etc.);

2) Regional level (“legislation of the constituent units of the Russian Federation on taxes and fees”) formed with the laws of the subjects of the Russian Federation on taxes adopted in accordance with the RF TC;

3) Local level (“legal regulations of the municipal entities on municipal taxes and fees”) consisting of municipal legislation on taxes and fees adopted by representative bodies of municipalities in accordance with the RF TC.

It should be emphasized that a legislative act on taxes and fees in the Russian Federation is always a law, understood as an act of supreme legal force at a particular level designated for enacting public law and adopted by the appropriately empowered representative (legislative) body. In other words, acts of legislation on taxes and fees in the Russian Federation can be presented only in the form of federal laws on taxes and fees, laws of the constituent units of the Russian Federation on taxes and fees, or regulatory acts of municipal entities on local taxes and fees adopted by representative bodies of those municipalities. This approach to defining tax legislation distinguishes the RF TC from the tax codes of other EAEU member states, which take a more inclusive approach to tax legislation by placing various by-law regulations (presidential decrees, resolutions of the government and the ministry of finance, etc.) under the category of tax legislation in addition to laws as such.

A codified act usually contains a provision establishing a list of matters regulated by a tax code. In the RF TC, this provision is stated in Paragraph 2 Art. 1, according to which the RF TC establishes a system of taxes and fees, as well as general principles of taxation and fee collection in the Russian Federation, including:

- 1) types of taxes and fees collected in the Russian Federation;
- 2) grounds for originating them (or modifying and terminating them) and the procedure for executing obligations to pay taxes and fees;
- 3) principles of the establishment, introduction, and termination of previously imposed taxes of the constituent units of the Russian Federation and local taxes;
- 4) rights and obligations of taxpayers, tax authorities and other participants in relations regulated by the legislation on taxes and fees;
- 5) forms and methods of fiscal control;
- 6) liability for breaches of tax legislation;

7) the procedure for appealing acts of tax authorities and actions (or failures to act) on the part of their officials.

The juridical function of this norm is more to determine the list of issues to be regulated exclusively by the Tax Code (and not by any other act of tax legislation at a federal, regional or municipal level) than to indicate the content of the Tax Code.

The content of the general part of the codified tax act is consistent with those segments of social relations, which the legislation defines as a subject of tax regulation (Art. 2 of the RF TC):

- setting forth, introduction, and collection of taxes and fees;
- relations arising in the process of fiscal control;
- appeals of acts issued by tax authorities, as well as actions (or failures to act) on the part of their officials;
- prosecution for tax offences.

This legislation establishes the framework for the national tax system by defining such categories as “tax”, “fees” and “special tax regime” and thereby determines the content of the more specialized part of the codified tax act.

Similar to systematization of tax legislation in general, codification represents a continuous process of improvement in legal regulation of taxation.

At every new stage, codification accomplishes specific tasks that reflect the nature of ongoing tax policy. It appears that the current challenge for the development of tax legislation lies in unification and harmonization of the legislation on taxes and fees of the Russian Federation with the tax legislation of the other EAEU member-states.



## References

- Cartou L. (1981) *Droit fiscal international et européen*. Paris: Dalloz, 280 pp.
- Cerioni L. (2007) *EU Corporate Law and EU Company Tax Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 263 pp.
- Guzman N. (2011) *Les codes des impôts en droit compare. Contribution à une théorie de la codification fiscale*. Paris: L'Harmattan, 741 pp.
- Grosclaude J., Marchessou P. (2007) *Droit fiscal général*. Paris: Dalloz, 608 pp.
- Heckly C. (2006) *Fiscalité et mondialisation*. Paris: LGDJ, 154 pp.
- Ignatieva I.A. (2007) *Teoriya i praktika sistemizatsii ekologicheskogo zakonodatel'stva Rossii* [Theory and Practice of Systematization of Environment Legislation in Russia]. Moscow: MGU, 383 p. (in Russian)
- Morse G., Williams D. (2012) *Davies Principles of Tax Law*. 7<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 529 pp.
- Mestrallet G., Taly M. (2005) *La réforme de la gouvernance fiscale*. Paris: LGDJ, 176 pp.
- Martinez J.-C. et al. (2004) *Une constitution fiscale pour l'Europe*. Paris: Lettres du Monde, 227 pp.
- Pigolkin A. S. et al. (2003) *Sistemizatsiya zakonodatel'stva v Rossijskoj Federacii* [Systematization of Legislation in the Russian Federation]. Saint Petersburg: Yuridcentpress, 382 pp. (in Russian)
- Polenina S., Koldaeva N. (1996) *Svod zakonov RF kak forma sistemizatsii normativnykh aktov* [Body of Laws of the Russian Federation as a Form of Systematization of Regulatory Acts]. *Rossijskaya yustitsiya*, no 12, pp. 13–14.
- Porohov E.V. (2009) *Teoriya i praktika nalogovogo prava Respubliki Kazahstan: osnovnye problemy* [Theory and Practice of Tax Law of Kazakhstan: Main Issues]. Almaty: Nalogovyy Ekspert, 456 pp. (in Russian)
- Porohov E.V. et al. (2009) *Kommentarij k Nalogovomu kodeksu Respubliki Kazahstan* [Comments to the Tax Code of Kazakhstan]. Almaty: Institut finansovogo i nalogovogo prava, 696 pp. (in Russian)
- Terra B., Wattel P. (2012) *European Tax Law*. 6<sup>th</sup> ed. The Hague: Kluwer Law International, 634 pp.
- Thuronyi V. (2003) *Comparative Tax Law*. The Hague: Kluwer Law International, 373 pp.

# Защита национальной экономики: современные проблемы валютного регулирования

---

---



## **О.А. Степанов**

профессор, главный научный сотрудник Отдела уголовного и уголовно-процессуального законодательства, судоустройства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, Б. Черемушкинская ул., 34. E-mail: o\_stepanov@hotmail.ru



## **Д.А. Печегин**

старший научный сотрудник Отдела уголовного и уголовно-процессуального законодательства, судоустройства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. 117218, Российская Федерация, Москва, Б. Черемушкинская ул., 34. E-mail: crim5@izak.ru

---



## **Аннотация**

На международном уровне сохраняется неопределенность в вопросах валютно-правовой ответственности, что во многом связано с различиями в правовом регулировании. С 2018 года в Европейском союзе вступят в силу новые правила расчета ликвидности банков и коэффициентов соотношения заемных средств и активов, которые меняют его монетарную политику. Новые правила устраивают далеко не всех. Несколько крупных французских банков уже обратилось в Европейский суд с иском, чтобы эти правила изменить. По заявлениям финансовых аналитиков, Европейский центральный банк стоит на пороге отказа от «ультрамягкой» денежно-кредитной политики в сторону нейтральной и далее готовится к ее ужесточению. В большинстве случаев в качестве нарушителей валютного законодательства выступают компании, осуществляющие внешнеэкономическую деятельность. Однако гражданско-правовых мер может быть недостаточно для защиты нормального функционирования и развития внутреннего валютного рынка. По этой причине в законодательстве Российской Федерации предусмотрена ответственность за нерепатриацию денежных средств. Однако не все страны предусматривают такую ответственность. Между тем ввиду возрождения идеи частных денег в виде криптовалюты и других современных денежных суррогатов вопрос о том, как защитить национальную экономику, требует самостоятельного анализа. Поэтому актуальность поиска общих подходов в сфере валютного регулирования возросла. Предметом исследования является система валютно-денежных отношений с точки зрения обеспечения ее стабильности, в том числе уголовно-правовыми средствами. Цель анализа состоит в том, чтобы наглядно показать механизмы защиты внутреннего валютного рынка и проблемы валютно-денежной системы. Статья подготовлена на основе сравнительно-правового и формально-логического методов и метода системного анализа. По мнению авторов, это может способствовать выработке единообразного подхода к проблеме, без которого достичь успеха будет чрезвычайно трудно. Сделан вывод, что ввиду новых вызовов в мировой экономике и появления криптовалюты необходимо переосмыслить феномен валютных преступлений, изучить опыт борьбы с денежно-кредитными преступлениями в других странах и оценить общие механизмы борьбы с валютными преступлениями.

---



## Ключевые слова

валютно-правовая ответственность, денежные суррогаты, репатриация денежных средств, валютное регулирование, виртуальная валюта, биткоин, эфиры.

Библиографическое описание: Степанов О.А., Печегин Д.А. Защита национальной экономики: современные проблемы правового регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 83–96.

JEL: F30; K14; K24; K42; УДК:340

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.83.96

## Введение

Валютно-правовой режим в Российской Федерации определен Федеральным законом от 10.12.2003 № 173-ФЗ (в ред. 03.07.2016) «О валютном регулировании и валютном контроле» (далее — ФЗ № 173-ФЗ). Согласно преамбуле, целью данного Закона является обеспечение реализации единой государственной валютной политики, а также устойчивости валюты и стабильности внутреннего валютного рынка России как факторов прогрессивного развития национальной экономики и международного экономического сотрудничества. Монетарная политика Республики Хорватия, например, преследует точно такие же цели<sup>1</sup> с учетом того, что благоприятное функционирование и развитие экономики страны также во многом зависит от стабильности внутреннего валютного рынка<sup>2</sup>.

При этом между Российской Федерацией и Республикой Хорватия установились прочные экономические связи и торговые отношения. Об этом свидетельствует хотя бы то обстоятельство, что российским банкам — ВТБ и Сбербанку — по оценкам экспертов<sup>3</sup> принадлежит более трети долга компании «Агрокор», входящей в Хорватии в число ключевых компаний. Такое положение создает благоприятные условия для внешнеэкономической деятельности российских компаний. Однако у «Агрокора» обнаружались существенные финансовые проблемы, в связи с чем правительство Хорватии разработало законопроект, призванный обезопасить экономику страны и граждан, но не кредиторов, партнеров или контрагентов самой компании<sup>4</sup>. Хотя руководство Хорватии заверяет, что негативное влияние проблем «Агрокора» на темпы роста ВВП невелико,

<sup>1</sup> *Dragojević Mijatović A.* Monetary Policy in Croatia: Challenges in the Medium Term / Proceedings of 8th International Conference «Economic Integration, Competition and Cooperation». Opatija, University of Rijeka. P. 1 [Электронный ресурс]: // URL: <https://ssrn.com/abstract=2232086> (дата обращения: 12.09.2017)

<sup>2</sup> *Salvatore D., Rengifo E. W., Ozsoz E.* Dollarization as an Investment Signal in Developing Countries: The Case of Croatia, Czech Republic, Peru, Slovak Republic and Turkey // Fordham University Department of Economics Discussion Paper № 2008-16. P. 2 [Электронный ресурс]: // URL: <https://ssrn.com/abstract=1272092> (дата обращения: 12.09.2017). Республика Хорватия относится к тем странам, «которые неоднократно прибегали к введению ограничений на движение капитала» (*Левкович А., Вечерский А.* Анализ эволюции политики валютного курса в странах Центральной и Восточной Европы // *Банкаўскі веснік*. 2008. № 10. С. 26 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.nbrb.by/bv/articles/1500.pdf> (дата обращения: 12.05.2017))

<sup>3</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-05-10/billions-are-sinking-into-a-balkan-black-hole> (дата обращения: 12.09.2017)

<sup>4</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.rbc.ru/newspaper/2017/03/27/58d546399a794710f718f9e1> (дата обращения: 12.09.2017)

а финансовая стабильность фирмы не вызывает сомнений<sup>5</sup>, нельзя исключать неблагоприятного развития событий, которое может существенно сократить объем внешне-торговых сделок между странами в будущем.

Кроме того, согласно докладам финансовых аналитиков FxPro экономический рост в Европе ускорился до темпов выше трендовых, а Европейский центральный банк (ЕЦБ) стоит на пороге отказа от «ультрамягкой» денежно-кредитной политики в пользу нейтральной и далее готовится к ее ужесточению. Так как ЕЦБ жестко придерживается таргетирования инфляции, а торговый и бюджетный баланс — давно уже в пользу евро, дисциплина в монетарной политике способна обернуться новым многолетним трендом укрепления евро<sup>6</sup>. Причем такое развитие событий является не только европейским сценарием. Так, в экономике Аргентины были большие трудности в связи с двойным уровнем инфляции, фиксируемым ежегодно с 2002 г.<sup>7</sup> Конечно, когда государственные деньги и денежные знаки центрального банка страны не в состоянии отвечать требованиям граждан к качеству и обеспеченности, граждане начинают использовать иные опции, причем не только доллары США, но также виртуальные валюты и другие современные денежные суррогаты. Именно поэтому новый президент Аргентины М. Макри взял курс на усиление валютного контроля<sup>8</sup>.

В таких условиях могут быть применены совершенно различные механизмы защиты внутреннего валютного рынка, вплоть до мер уголовно-правового характера. В России, например, одним из средств противодействия преступлениям в сфере валютно-денежных отношений является уголовная ответственность за нерепатриацию денежных средств. Остановимся на этом подробнее.

## **Уклонение от исполнения обязанностей по репатриации денежных средств**

Анализ правового регулирования, применяемого в зарубежных странах, позволяет рассматривать национальный опыт в сравнении с международным, что дает возможность анализировать и оценивать проблемы в новом аспекте, с обогащенным пониманием их сути<sup>9</sup>. Практически всем странам с развитой экономической системой присуща уголовно-правовая защита валюты и валютных ценностей, но только при их фальсификации и подделке. Такой подход применяется в Австрии, Германии и Швейцарии. В этих государствах перемещение капитала из страны и в страну практически не ограничено, вследствие чего в законодательстве отсутствуют нормы, устанавливающие уголовную ответственность за операции по перемещению капитала за рубеж. Так, в уголовном праве Германии не существует общепринятого и точного определения, характеризую-

<sup>5</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.hnb.hr/-/negativan-utjecaj-agrokorovih-problema-na-rast-bdp-a-vrlo-umjeren-a-financijska-stabilnost-neupitna> (дата обращения: 12.09.2017)

<sup>6</sup> [Электронный ресурс]: // URL: [https://news.rambler.ru/business/37423029-kurs-evro-podnimesyabolee-chem-na-50/?utm\\_source=twsharing&utm\\_medium=social](https://news.rambler.ru/business/37423029-kurs-evro-podnimesyabolee-chem-na-50/?utm_source=twsharing&utm_medium=social) (дата обращения: 12.09.2017)

<sup>7</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.DEFL.KD.ZG?locations=AR> (дата обращения: 12.09.2017)

<sup>8</sup> *Raskin M., Yermack D. Digital Currencies, Decentralized Ledgers, and the Future of Central Banking / Research Handbook on Central Banking*. P. 6 [Электронный ресурс]: // URL: <https://ssrn.com/abstract=2773973> (дата обращения: 12.09.2017)

<sup>9</sup> *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies / eds. Blanpain R, Engels C. The Hague, 2001. P. 4.*

щего преступность в области валютного обращения. Также перемещение капитала из страны и обратно практически не ограничено, ввиду чего в законодательстве нет норм, устанавливающих ответственность за преступления в сфере валютного регулирования и валютного контроля.

В уголовном законодательстве этих стран отсутствуют уголовно-правовые запреты, предусматривающие вывоз валютных ценностей с территории страны и их невозвращение, так как такое движение осуществляется путем свободных расчетов по внешнеэкономическим сделкам и инвестициям. Валютный контроль в таких странах основан на других принципах. Например, во Франции, чтобы совершить внешний перевод или инвестицию в оффшорную юрисдикцию, необходимо прежде всего уплатить все налоги. В Японии необходимо иметь специальную лицензию, если такой перевод за рубеж осуществляется вне аккредитованного банка или необычными методами. Главной целью Хорватского народного банка является поддержание ценовой стабильности в стране. Все остальные цели деятельности данного института, включая реализацию экономической политики Евросоюза, подчинены этой главной задаче<sup>10</sup>. Стабильность цен является основной предпосылкой для устойчивого экономического роста, что подтверждают экономические исследования и прошлый опыт. В целом стабильность цен в контексте валютно-правового режима Хорватии не означает, что уровень инфляции должен быть равен нулю, но эта цель, как правило, интерпретируется в рамках незначительного отклонения от данного значения.

Страны с другим типом экономики (с переходным типом), напротив, предусматривают ответственность за уклонение от исполнения обязанности по репатриации денежных средств из-за рубежа. В уголовных кодексах всех стран бывшего СССР предусмотрены нормы, устанавливающие уголовно-правовой запрет на изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг, незаконное перемещение их через таможенную границу, а также невозвращение из-за границы средств в иностранной валюте (УК Азербайджана — ст. 208, УК Беларуси — ст. 225, УК Грузии — ст. 217, УК Казахстана — ст. 213, УК Таджикистана — ст. 287, УК Узбекистана — ст. 178, УК Украины — ст. 207). Однако масштабы и значимость мошеннических проявлений в экономической деятельности (по данным иностранных источников) с каждым годом возрастают, особенно ввиду популяризации криптовалют и других современных денежных суррогатов. Поэтому существует необходимость в единообразном механизме противодействия валютным преступлениям.

Валютно-правовой режим в России определяется «...как совокупность правовых средств, имеющих общим предметом своего регулирования сферу валютных отношений, которые определяют такое поведение субъектов этих отношений, при котором обеспечиваются защита национальной валюты, нормальное функционирование и развитие внутреннего валютного рынка»<sup>11</sup>. В соответствии со ст. 19 ФЗ № 173-ФЗ при осуществлении внешнеторговой деятельности резиденты обязаны в сроки, предусмотренные внешнеторговыми договорами (контрактами), обеспечить:

получение от нерезидентов на свои банковские счета в уполномоченных банках иностранной валюты или валюты Российской Федерации, причитающейся в соответствии с условиями указанных договоров (контрактов) за переданные нерезидентам товары, выполненные для них работы, оказанные им услуги, переданные им информацию и результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них;

<sup>10</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.hnb.hr/temeljne-funkcije/monetarna-politika/ciljevi> (дата обращения: 12.09.2017)

<sup>11</sup> Кучеров И.И. Валютное право России. М., 2011. С. 38.

возврат в Российскую Федерацию денежных средств, уплаченных нерезидентам за не ввезенные в нее (не полученные на ее территории) товары, не выполненные работы, не оказанные услуги, не переданные информацию и результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них<sup>12</sup>.

Неисполнение данной обязанности влечет предусмотренную законами России административную и уголовную ответственность. Административная ответственность предусмотрена для должностных лиц и юридических лиц, и состоит в наложении административного штрафа. Уголовная ответственность регламентирована ст. 193 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ). Уклонение от исполнения обязанностей по репатриации денежных средств в иностранной или российской валюте состоит в незачислении либо невозврате в установленном порядке денежных средств в крупном размере от одного или нескольких нерезидентов на счета резидента в уполномоченном банке или на счета резидента в банках, расположенных за пределами территории России, причитающихся резиденту в соответствии с условиями внешнеторговых договоров (контрактов) за переданные нерезидентам товары, выполненные для них работы, оказанные им услуги, переданные им информацию и результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них.

Вроде бы в рамках обозначенного состава преступления все довольно ясно. Однако при ближайшем рассмотрении на свет выходят те или иные неопределенности, которые однозначно не разрешены ни в законодательстве, ни в доктрине. Например, это касается определения предмета валютных преступлений.

Предметом преступлений, связанных с нерепатриацией денежных средств, являются валюта и валютные ценности. Федеральный Закон № 173-ФЗ оперирует терминами «валюта», «валютные ценности», однако самостоятельного определения валюты не содержит. Более того, ч. 2 ст. 1 Закона устанавливает, что использование терминов и понятий гражданского, административного и других отраслей законодательства применяются в том значении, в каком они используются в таких отраслях законодательства. Поэтому качественно содержание понятия «валюта» в гражданском, административном и уголовном законодательстве Российской Федерации может различаться.

Но даже в рамках отдельной отрасли законодательства нет единого подхода к трактовке того или иного понятия. Так, ГК РФ в ряде статей оперирует понятиями «деньги (валюта)», «платежное средство», «иностранная валюта» (ст. 140), «валютные ценности» (ст. 141), в других случаях — термином «денежные средства» (ст. 854). Однако ГК не уточняет, как следует относиться с правовой точки зрения к записи о состоянии банковского счета владельца. В этом отношении интересно Определение Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) от 26.06.2016 № 45-КГ16-2, согласно которому вкладчик указывал, что конкурсный управляющий банка отказал ему в выплате страхового возмещения со ссылкой на непоступление денежных средств в кассу банка при заключении договора. При этом у вкладчика имелся приходно-кассовый ордер, подтверждающий внесение им денежных средств на открытый в банке счет. ВС РФ разъяснил<sup>13</sup>, что по смыслу ст. 140 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) технические записи по счетам клиентов в банке, совершенные в условиях его неплатежеспособности, нельзя считать деньгами (денежными средствами), они не влекут

<sup>12</sup> [Электронный ресурс]: // URL: [http://russiaindiabusiness.com/Federal\\_Law\\_On\\_Currency\\_Regulation\\_and\\_Currency\\_Control.pdf](http://russiaindiabusiness.com/Federal_Law_On_Currency_Regulation_and_Currency_Control.pdf) (дата обращения: 12.09.2017)

<sup>13</sup> Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 4. С. 40 [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.vsr.ru/Show\\_pdf.php?Id=11201](http://www.vsr.ru/Show_pdf.php?Id=11201) (дата обращения: 12.09.2017)

правовых последствий в связи с фактической неплатежеспособностью кредитной организации.

Если банк на момент внесения денежных средств на счет является неплатежеспособным и не располагает для исполнения обязательств перед кредиторами достаточными денежными средствами (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 такая запись, которая была сделана в то время, когда банк был платежеспособным.

УК РФ использует понятие «денежные средства» и определяет, что они могут быть выражены в виде иностранной валюты или валюты РФ<sup>14</sup>. Ст. 200.1 УК РФ также оперирует понятием «денежный инструмент», которое согласно п. 5 примечания к данной статье означает дорожные чеки, векселя, чеки (банковские чеки), а также ценные бумаги в документарной форме, удостоверяющие обязательство эмитента (должника) по выплате денежных средств, в которых не указано лицо, которому осуществляется такая выплата. Единственным документом, содержащим общее определение «валюты», является «ОК (МК (ИСО 4217) 003-97) 014-2000. Общероссийский классификатор валют» (утв. Постановлением Госстандарта России от 25.12.2000 № 405-ст), поскольку объектом классификации Общероссийского классификатора валют являются именно валюты — денежные единицы стран и территорий<sup>15</sup>.

Под валютой для целей уголовного законодательства понимаются денежные средства в виде иностранной или российской валюты, а также денежные инструменты в форме дорожных чеков, векселей, чеков (банковских чеков), ценных бумаг в документарной форме, удостоверяющих обязательство эмитента (должника) по выплате денежных средств, в которых не указано лицо, которому осуществляется такая выплата.

Соответственно, предметом валютных преступлений, в том числе связанных с нерепатриацией денежных средств с точки зрения качественной характеристики являются валюта и валютные ценности. Но, помимо качественной, предмет валютных преступлений имеет и количественную составляющую, которая выражается конкретной суммой в примечании к ст. 193, а также в ст. 193.1 Особенной части УК РФ. Однако валютные преступления зачастую совершаются посредством гражданско-правовых механизмов, т.е. в рамках внешнеторговых и других договоров, сделок и пр. Поэтому граница между отраслями законодательства, проведенная в ФЗ № 173-ФЗ, по нашему мнению, условна.

<sup>14</sup> Судебная практика различает валюту долга и валюту платежа. При этом валюта платежа на территории Российской Федерации всегда будет выражаться в российских рублях. Однако валюта долга может быть выражена в иностранной валюте или условных денежных единицах с указанием в денежном обязательстве условия, что оно подлежит оплате в рублях в эквивалентной сумме. См.: п. 27 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» / СПС КонсультантПлюс.

<sup>15</sup> В Японии криптовалюта биткоин (Bitcoin) наравне с государственными денежными знаками признана законным платежным средством. В Австралии даже взимают налог с виртуальных валют. См.: [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.coinfox.ru/novosti/zakonodatelstvo/5021-japanese-government-approves-new-bitcoin-regulations-2> (дата обращения: 12.09.2017). Однако такая «валюта» не является единицей той или иной страны или какой-либо территории. Несмотря на это, в Хорватии и ряде других стран (Дании, Швеции) заявили, что не будут ни запрещать, ни регулировать биткоин. См. подробнее: Лейба А. Реальная жизнь виртуальных денег // ЭЖ-Юрист. 2014. № 23. С. 1, 4.

Основным объектом валютных преступлений являются общественные отношения, складывающиеся в сфере валютно-правового режима России. Данные отношения возникают между уполномоченным банком и юридическим лицом и связаны с возвращением валютных ценностей на российскую территорию<sup>16</sup>.

Объективную сторону валютного преступления составляет невозвращение в крупном размере из-за границы руководителем организации средств в валюте, подлежащих в соответствии с российским законодательством обязательному перечислению на счета в уполномоченный банк<sup>17</sup>.

Субъектом валютного преступления по общему правилу является руководитель организации, не возвративший из-за границы иностранную валюту. Субъектами преступления, предусмотренного ст. 193 УК РФ, также могут быть иные представители организаций, которые наделены полномочиями по исполнению требований валютного законодательства. Более того, ответственность по ст. 193 УК РФ может понести и индивидуальный предприниматель<sup>18</sup>.

Субъективной стороной валютного преступления выступает прямой умысел, поскольку субъект осознавал, что не возвращает иностранную валюту, и желал этого<sup>19</sup>.

При этом следует отметить, что такой обязанности по возврату средств из-за рубежа на сегодняшний день в странах с развитой рыночной экономикой не существует. Напротив, современные страны стремятся сделать движение капитала свободным. В этом смысле интересен опыт Китая.

Впервые иностранная валюта в китайском законодательстве упоминалась в Постановлении об усилении наказаний лиц, совершивших серьезные экономические преступления (1982). Однако изменения в Уголовный кодекс не вносились до 1988 года, когда незаконное размещение иностранной валюты за границей было криминализовано. В ст. 190 УК Китая говорится, что любая государственная компания, предприятие или любое другое государственное подразделение, которое вывозит иностранную валюту или незаконно переводит иностранную валюту в любые другие страны, должно быть оштрафовано, а лица, которые находятся в непосредственном подчинении, и другие лица, которые непосредственно несут ответственность за преступление, должны быть приговорены к лишению свободы на срок не более пяти лет или уголовному задержанию, если это повлекло серьезные последствия.

Сегодня УК Китая включает и некоторые другие виды валютных преступлений, а именно фальсификацию валюты и подделку ценных бумаг. Например, предусматриваются различные наказания за следующие преступные действия: подделку или изменение используемой в настоящее время монеты, бумажной купюры или банкноты с целью распространения; введение в оборот поддельной или измененной монеты, бумажных

---

<sup>16</sup> Кондрат Е.Н. Правонарушения в финансовой сфере России. Угрозы финансовой безопасности и пути противодействия. М., 2014. 928 с.

<sup>17</sup> Уполномоченными банками являются кредитные организации, которые созданы в соответствии с законодательством РФ и на основании лицензии имеют право осуществлять операции с иностранной валютой.

<sup>18</sup> Так, Промышленный районный суд Ставрополя осудил по ч. 1 ст. 193 УК РФ индивидуального предпринимателя, который не обеспечил поступления в полном объеме валютной выручки по внешнеторговым контрактам (приговор от 09.12.2016 по делу 1-857/2016). См. подробнее: Лясколо А.Н. Субъект валютных преступлений // Уголовный процесс. № 9. С. 44–50.

<sup>19</sup> Гаухман Л.Д., Максимов С.В. Уголовно-правовая охрана финансовой среды: новые виды преступлений и их квалификация. М., 1995. 96 с.

купюр или банкнот или их хранение или перевозку с целью распространения; уменьшение веса монеты с целью распространения; обращение монеты с пониженным весом или ее хранение или перевозку с целью распространения; изготовление, доставка или получение инструмента или материала с намерением использовать его для подделки или изменения используемой в настоящее время монеты, бумажных купюр или банкнот или их использование для уменьшения веса обращающейся в настоящее время монеты.

Несомненно, опыт Китая также интересен из-за его новой денежно-кредитной политики, касающейся отношений с другими странами. Так, между Россией и КНР существует соглашение о взаимных расчетах в национальных валютах (RUB/CNY) без использования доллара США в качестве валюты перевода (заключено в 2011 году и подтверждено в 2014 году). Однако остается много вопросов, которые предстоит решить сторонам соглашения, и доллар США по-прежнему находится в приоритете во многих контрактах между российскими и китайскими компаниями и т.д. Но указанная тенденция в денежной политике Китая, конечно, не может не повлиять на глобальную экономику.

Современные международные процессы оказывают серьезное воздействие на развитие мировой экономики, а решения в экономике отдельных стран, независимо от их типа, сказываются на экономике других государств и на общих тенденциях мирового развития. Этим определяется потребность в разработке общих механизмов противодействия валютным преступлениям. Это особенно важно в связи с появлением и популяризацией виртуальной валюты и других современных денежных суррогатов.

## Современные проблемы валютного регулирования

Помимо доктринальных проблем выявления, расследования и пресечения валютных преступлений за нерепатриацию денежных средств из-за рубежа, существует неопределенность в регулировании отношений, связанных с использованием виртуальной валюты во взаимных расчетах. С учетом актуальности противодействия валютным преступлениям в марте 2016 г. распоряжением Генерального прокурора России сформирована рабочая группа по вопросам возврата из-за рубежа активов, полученных в результате коррупционных правонарушений. Основной ее задачей является организация взаимодействия с компетентными российскими и зарубежными органами по вопросам возврата активов, полученных в результате коррупционной деятельности. Кроме того, на базе Генпрокуратуры обеспечивается функционирование Национального контактного пункта (НКП), который призван заниматься выявлением, арестом, конфискацией и возвращением таких активов по международным каналам<sup>20</sup>.

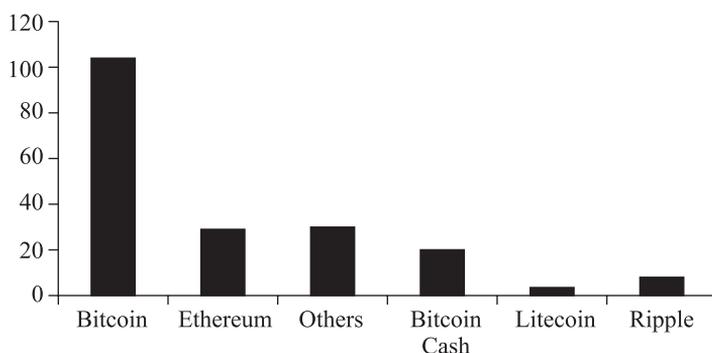
Важно отметить, что НКП создавался по предложению Министерства иностранных дел России в рамках реализации Конвенции ООН против коррупции (принята Генеральной Ассамблеей ООН 31.10.2003) и с учетом функций Генпрокуратуры России по координации борьбы с коррупцией и сотрудничеству с иностранными государствами в сфере правовой помощи по уголовным делам, в том числе в возврате активов, полученных от преступной деятельности. При создании НКП учтены рекомендации Межправительственной рабочей группы открытого состава по возвращению активов, учрежденной Конференцией государств-участников Конвенции ООН против коррупции, о необходимости НКП для образования единой сети таких пунктов. В заседаниях ука-

<sup>20</sup> URL: <https://rns.online/economy/Genprokuratura-sozdala-spetsgrupp-po-vozvratu-zarubezhnih-aktivov-korruptsionerov-2016-03-28/> (дата обращения: 12.09.2017)

занной Межправительственной рабочей группы принимают участие сотрудники Генпрокуратуры РФ.

Целесообразность деятельности НКП заключается в обеспечении наиболее оперативного и эффективного взаимодействия с компетентными органами иностранных государств в вопросах розыска, конфискации и возврата активов. Такие контактные пункты позволяют решать текущие вопросы сотрудничества, в том числе связанные с составлением и исполнением запросов о правовой помощи. Функционирование НКП призвано повысить эффективность контроля и надзора за соблюдением норм российского законодательства в сфере валютного регулирования. При этом опыт России в данной сфере может быть интересен Хорватии, поскольку наши государства провозглашают единые цели монетарной политики.

Особую актуальность данное утверждение получает в связи с распространением криптовалюты. Как мы видим на схеме, капитализация виртуальных валют сегодня превышает 180 млрд. дол. США и продолжает расти.



**Рис. 1.** Капитализация виртуальных денежных суррогатов (в млрд. долл. США)

Показательно в связи с этим событие 17 июня 2016 года, когда у пользователей криптовалюты Ethereum (аналога Bitcoin) исчезли из обращения в общей сложности около 50 млн. дол. США. Хотя с внешней стороны данный проект, казалось, был идеален, — распределенные системы электронных денег невозможно взломать. Поэтому пользователи спокойно вкладывали средства, а взамен получали так называемые токены, с помощью которых голосовали за то, куда инвестировать общий капитал, — предполагаемая прибыль должна была распределяться между участниками инициативы. Однако деньги неожиданно оказывались на счету у одного из участников проекта, который не мог на них правомерно претендовать, но при этом условий контракта он не нарушал. Если бы это произошло в реальном мире, пользователи могли бы обратиться в суд либо оспорить условия контракта, связаться с банком и попросить заблокировать счет. Но данные события происходили в Интернете, вложенные деньги исчислялись не в долларах, а в единицах распределенной криптовалюты Ethereum — «эфирах».

При этом сам контракт носил инновационный характер — представлял собой машинный код, который невозможно было изменить, не разрушив всю систему, т.е. был представлен программой, визирующей выполнение всех правил системы при совершении транзакции<sup>21</sup>. Особенным являлось и то, что действия по электронному контрак-

<sup>21</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <https://lenta.ru/articles/2016/09/03/ethereum/> (дата обращения: 12.09.2017)

ту совершали компьютеры. Поэтому его практически невозможно было нарушить, отменить или обойти, а если его участник хотел выйти из организации, то для возврата вложенных денег создавалась дочерняя организация, куда переводились средства из основной. Как выяснилось позже, в результате ошибки в машинном коде эту операцию можно повторять бесчисленное множество раз, чем и воспользовался злоумышленник. За короткое время он перевел в свою дочернюю организацию сумму, равную примерно 50 млн. дол. США. Причем эти деньги вернуть обратно мог только сам злоумышленник, но этого делать он не собирался, поскольку формально не нарушил условий контракта. В итоге оказалось, что иным участникам проекта в сложившейся ситуации некому предъявлять претензий и не к кому обращаться за защитой своих прав. Стало очевидно, что использование организационно-правовых средств для предупреждения подобных ситуаций более чем актуально, а правила, устанавливаемые с помощью самоисполняющихся интеллектуальных контрактов и децентрализованных (автономных) договоров, срабатывают не всегда. Вероятно, широкое использование этой новой децентрализованной технологии приведет к расширению нового множества законов (*Lex Cryptographia*), которые должны будут определять порядок использования таких правил. Особенность таких законов, вероятнее всего, будет определяться тем, что централизованные органы власти (правительственные учреждения и крупные многонациональные корпорации) могут потерять способность контролировать и формировать деятельность разрозненных лиц<sup>22</sup>.

Это определяет необходимость сосредоточить внимание на том, как регулировать и как формировать создание (развертывание) новых децентрализованных организаций, а также на том, как применять государственные правила борьбы с отмыванием денег в Bitcoin и аналогичных виртуальных валютах<sup>23</sup>.

Использование цифровой валюты, сужая отношения между гражданами и центральными банками и устраняя необходимость депозитов в коммерческих банках, может иметь глубокие последствия для банковской системы. В частности, держатели криптовалюты могут заменить традиционных акционеров, которые затем могут назначить членов руководящего органа, подобных совету директоров. Этот руководящий орган может голосовать, чтобы выдать валюту держателю счета, который затем может действовать аналогично главному финансовому директору — выплачивать зарплату руководителям, сотрудникам и директорам<sup>24</sup>.

При этом анонимность в технологии blockchain сохранена, несмотря на по сути вечное хранение информации о цепных цепях и ее растущий размер, работающий против анонимности<sup>25</sup>. Обеспечение эффективного управления технологиями blockchain и «ум-

<sup>22</sup> *Wright A., De Filippi P. Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia* [Электронный ресурс]: // URL: <https://ssrn.com/abstract=2580664> (дата обращения: 12.09.2017)

<sup>23</sup> *Bryans D. Bitcoin and Money Laundering: Mining for an Effective Solution* // *Indiana Law Journal*. 2014. N 89. P. 441–472 [Электронный ресурс]: // URL: <https://ssrn.com/abstract=2317990> (дата обращения: 12.09.2017)

<sup>24</sup> *Leonhard R. Corporate Governance on Ethereum's Blockchain* [Электронный ресурс]: // URL: <https://ssrn.com/abstract=2977522> (дата обращения: 12.09.2017); *Raskin M., Yermack D. Op. cit.*

<sup>25</sup> В доктрине часто обращают внимание на то, как биткоин может использоваться в незаконных целях: «Вызывает опасение технология анонимности, которая позволяет безнаказанно приобретать запрещенные товары, бесконтрольно осуществлять транзакции между странами, отмывать денежные средства и финансировать терроризм. Биткоин был обычным средством расчетов за торговлю нелегальными товарами (скажем, наркотиками, порнографией или оружием) на специальных торговых площадках в сети Интернет, например, таком, как печально известный «Шелковый путь». С другой

ными» контрактами имеет важное значение для обеспечения его дальнейшей эволюции. Основываясь на математических принципах, лежащих в основе расположения блоков, уже предлагается альтернативный подход к существующей юридической практике<sup>26</sup>. Это так называемая распределенная юрисдикция — платформа с открытым исходным кодом, используемая для разумного разрешения споров по контрактам. Она позволяет пользователям, участвующим в крипто-бизнесе, избежать посредничества, связанных с этим транзакционных издержек и возможных конфликтов.

По нашему мнению, криптовалюта является активом, который позволяет участникам гражданского оборота на добровольной основе рассматривать токены в качестве «частных денег» и с учетом всех рисков вступать в соответствующие отношения, избегая посредничества и связанных с этим издержек. Однако с точки зрения интересов государства считаем правильными позиции, высказанные Минкомсвязи и Минфином в октябре 2017 г., что «должен быть установлен госконтроль за эмиссией ... крипто-инструмента», а также, что в РФ необходимо внедрять «национальную криптовалюту [крипторубль. — О.С., Д.П.], а не денежные суррогаты». Такой подход является наиболее взвешенным в рамках недостаточного правового регулирования оборота криптовалюты с точки зрения предупреждения криминогенных последствий ее широкого использования<sup>27</sup>.

## Выводы

Современные международные процессы оказывают такое сильное влияние на мировую экономику, что решения в экономике отдельных стран, независимо от их типа, так или иначе влияют на развитие других государств, а также на общую тенденцию мирового развития. ЕЦБ сейчас находится на грани отказа от сверхмягкой денежно-кредитной политики в направлении нейтральной и далее готовится к ужесточению. Поскольку ЕЦБ жестко придерживается таргетирования инфляции, а торговый и бюджетный баланс давно уже сложился в пользу евро, дисциплина в монетарной политике способна обернуться новым многолетним трендом к укреплению евро. Для достижения

стороны, ввиду псевдо-анонимного характера такой «валюты», розыск преступников осуществим, что продемонстрировано в ходе пресечения деятельности «Шелкового пути» в 2013 году и уголовного преследования его основателей» (*Polasik M., Piotrowska A., Wisniewski T., Kotkowski R., Lightfoot G.* Price Fluctuations and the Use of Bitcoin: An Empirical Inquiry [Электронный ресурс]: // URL: <https://ssrn.com/abstract=2516754> (дата обращения: 12.09.2017)). Недавно во Франции было применено законодательное новшество. Министр финансов опубликовал доклад ведомства по данной проблеме. «Хотя министр указал на отсутствие каких-либо угроз финансовому рынку государства со стороны биткойна, было признано, что необходимо найти решение данной проблемы ввиду преступных действий и мошенничества. Во многом возникновению проблемы способствует анонимный характер проводимых транзакций, который позволяет избегать уплаты налогов, а также способствует отмыванию денежных средств. Министр финансов Франции предложил: ограничить анонимность посредством привязки регистрации интернет-аккаунта к личности; установить налоговое регулирование криптовалюты; установить единые для Европы стандарты определения налога на добавленную стоимость; создать в Европе сеть обменных пунктов для обмена криптовалют на евро и обратно» (*Guadamuz A., Marsden C.* Bitcoin: The Wrong Implementation of the Right Idea at the Right Time. June 18, 2014 [Электронный ресурс]: // URL: <https://ssrn.com/abstract=2526736> (дата обращения: 12.09.2017)

<sup>26</sup> *Kaal W., Calcaterra C.* Crypto Transaction Dispute Resolution. June 26, 2017 [Электронный ресурс]: // URL: <https://ssrn.com/abstract=2992962> (дата обращения: 12.09.2017)

<sup>27</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.vedomosti.ru/economics/articles/2017/10/18/738302-vlasti-predlozhit-kriptorubl> (дата обращения: 17.11.2017)

этой цели необходимо не только проанализировать феномен валютных преступлений и изучить опыт борьбы с денежно-кредитными преступлениями в других странах, но и оценить общие механизмы борьбы с валютными преступлениями, несмотря на тип экономики той или иной страны.

Мы полностью согласны с тем, что «развитие банков, в том числе расширение сферы их деятельности и содержания предоставляемых услуг в определенной степени повлияло на разработку методов и техники отмывания денег и все более и более позволяет осуществлять финансирование терроризма»<sup>28</sup>. Последнее требует современного научного понимания виртуальной валюты и денежного оборота, а также новых практических подходов. В этой статье мы изложили лишь некоторые теоретические и практические аспекты валютного оборота. Дальнейший анализ данной сферы отношений несомненно интересен с точки зрения уголовного и уголовно-процессуального права, а также использования виртуальных валют в экономике как России, так и других стран. Тесное взаимодействие между государствами является необходимым условием для достижения успеха.



## Библиография

Кучеров И.И. Валютное право России. Академический курс лекций. М.: Юстицинформ, 2011. 230 с.

Левкович А., Вечерский А. Анализ эволюции политики валютного курса в странах Центральной и Восточной Европы // Банкаўскі веснік. 2008. № 10. С. 26–35.

Лейба А. Реальная жизнь виртуальных денег // ЭЖ-Юрист. 2014. № 23. С. 1–4.

Bryans D. Bitcoin and Money Laundering: Mining for an Effective Solution // *Ind. L.J.*, 2014, vol.89, P. 441–472.

Cindori S., Petrović T. Indikatori rizičnosti bankarskog sektora u okvirima prevencije pranja novca // *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 2016. № 6. P. 761–784.

Comparative Labor Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies. Ed. by Blanpain R., Engels C. The Hague, 2001. 389 p.

Dong He, McCauley R. Offshore Markets for the Domestic Currency: Monetary and Financial Stability Issues // *BIS Working Paper* № 320. 32 p. // URL: <https://ssrn.com/abstract=1699740> (дата доступа: 12.09.2017)

Dragojević M. (2015) Monetary Policy in Croatia: Challenges in the Medium Term // *Proceedings of 8th International Conference «Economic Integration, Competition and Cooperation»* (6–9 April, Opatija, University of Rijeka, Faculty of Economics). 12 p. // URL: <https://ssrn.com/abstract=2232086> (дата доступа: 12.09.2017)

Guadamuz A., Marsden C. Bitcoin: The Wrong Implementation of the Right Idea at the Right Time. 19 p. // URL: <https://ssrn.com/abstract=2526736> (дата доступа: 12.09.2017)

Kaal W., Calcaterra C. Crypto Transaction Dispute Resolution (June 26, 2017). 54 p. // URL: <https://ssrn.com/abstract=2992962> (дата доступа: 12.09.2017)

Leonhard R. Corporate Governance on Ethereum's Blockchain (May 30, 2017). 35 p. // URL: <https://ssrn.com/abstract=2977522> (дата доступа: 12.09.2017)

Polasik M., Piotrowska A., Wisniewski T., Kotkowski R., Lightfoot G. Price Fluctuations and the Use of Bitcoin: An Empirical Inquiry. 60 p. // URL: <https://ssrn.com/abstract=2516754> (дата доступа: 12.09.2017)

Raskin M., Yermack D. Digital Currencies, Decentralized Ledgers, and the Future of Central Banking (May 1, 2016) / Peter Conti-Brown & Rosa Lastra (eds.). *Research Handbook on Central Banking*. 19 p. // URL: <https://ssrn.com/abstract=2773973> (дата доступа: 12.09.2017)

<sup>28</sup> Cindori S., Petrović T. Indikatori rizičnosti bankarskog sektora u okvirima prevencije pranja novca // *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 2016. № 6. P. 784.

Salvatore D., Rengifo E.W., Ozsoz E. Dollarization as an Investment Signal in Developing Countries: The Case of Croatia, Czech Republic, Peru, Slovak Republic and Turkey (September 2008). Fordham University Department of Economics Discussion Paper No. 2008-16. 27 p. // URL: <https://ssrn.com/abstract=1272092> (дата доступа: 12.09.2017)

Wright A., De Filippi P. Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia (March 10, 2015). 58 p. // URL: <https://ssrn.com/abstract=2580664> (дата доступа: 12.09.2017)

---

## Protecting National Economy: Modern Issues of Currency Regulation



### Oleg A. Stepanov

Professor, Chief Researcher, Department of Criminal and Criminal Procedural Law and Judicial System, Institute of Legislation and Comparative Law under Government of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Chermushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: [o\\_stepanov@hotmail.ru](mailto:o_stepanov@hotmail.ru)



### Denis A. Pechegin

Senior Researcher, Department of Criminal and Criminal Procedural Law and Judicial System, Institute of Legislation and Comparative Law under Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Chermushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation, E-mail: [crim5@izak.ru](mailto:crim5@izak.ru)



### Abstract

At the international level, uncertainty still remains over the issues of currency and legal responsibility, which is largely due to various legal regulations. Beginning with 2018, the European Union will bring into force new rules for calculating the liquidity of banks and the ratio of borrowed funds and assets that change its monetary policy. Not everyone is happy with the new rules. Several large French banks even have appealed to the European Court of Justice for a change in the rules. According to statements by financial analysts, the European Central Bank is on the verge of abandoning the ultra-soft monetary policy in the direction of neutral and is further preparing for tightening it. In most cases, companies that carry out foreign economic activity violate currency legislation. At the same time, civil measures may not be sufficient to protect the normal functioning and development of the domestic foreign exchange market. For this reason, the laws of the Russian Federation provide for liability for non-repatriation of funds. However, not all countries today establish this kind of responsibility. Meanwhile, due to the revival of the idea of private money in the form of cryptocurrencies and other modern monetary surrogates the question of how to protect the national economy in modern conditions requires separate analysis. Therefore, the urgency of searching for common approaches to currency regulation is growing. The subject of the paper is a monetary system and monetary relations from the point of view of analyzing contemporary problems of ensuring its stability, including criminal legal means. The purpose of such an analysis is to show clearly which mechanisms of protection of the domestic foreign exchange market are being applied at present and with what problems the monetary system is facing today. The article is prepared on the basis of the technical analysis of legal norms, the comparative legal method, the method of system analysis, the formal logical method. According to the authors, such an analysis would contribute to a uniform approach to the problem, without which it will be extremely difficult to achieve success. It is concluded that in view of new challenges in the world economy and the emergence of the crypto currency, it is now necessary to rethink the phenomenon of currency crimes, to study the experience of combating monetary crimes in other countries and to assess the overall mechanisms.



### Keywords

monetary responsibility; monetary surrogates; repatriation of funds; currency regulation; virtual currency; bitcoin; ethereum

Citation: Stepanov O.A., Pechegin D.A. (2017) Protecting National Economy: Modern Issues of Currency Regulation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 83–96 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.83.96



## References

Bryans D. (2014) *Bitcoin and Money Laundering: Mining for an Effective Solution*. *Indiana Law Journal*, vol. 89, pp. 441–472.

Blanpain R., Engels C. (eds.) (2001) *Comparative Labor Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*. The Hague: Kluwer, 389 p.

Cindori S., Petrović T. (2016) Indikator irizičnosti bankarskog sektora u okvirima prevencije pranja novca. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, no. 6, pp. 761–784.

Guadamuz A., Marsden C. *Bitcoin: The Wrong Implementation of the Right Idea at the Right Time*. 19 p. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=2526736> (accessed: 12.09.2017)

Dong H., McCauley R. Offshore Markets for the Domestic Currency: Monetary and Financial Stability Issues. *BIS Working Paper*, no. 320, 32 p. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=1699740> (accessed: 12.09.2017)

Dragojević M. (2015) Monetary Policy in Croatia: Challenges in the Medium Term. *Proceedings of 8th International Conference «Economic Integration, Competition and Cooperation»* (University of Rijeka, Faculty of Economics). 12 p. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=2232086> (accessed: 12.09.2017)

Kaal W., Calcaterra C. *Crypto Transaction Dispute Resolution* (2017). 54 p. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=2992962> (accessed: 12.09.2017)

Kucherov I.I. (2011) *Valyutnoe pravo Rossii. Akademicheskij kurs lektsiy* [Currency law of Russia. Lectures]. Moscow: Yustitsinform, 230 p.

Leonhard R. *Corporate Governance on Ethereum's Blockchain* (May 30, 2017). 35 p. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=2977522> (accessed: 12.09.2017)

Levkovich A., Vecherskiy A. (2008) Analiz evolyutsii politiki valyutnogo kursa v stranakh Tsentral'noy i Vostochnoy Evropy [Evolution in the exchange rates of Central and Western Europe]. *Bankajski vesnik*, no 10, pp. 26–35.

Leyba A. (2014) Real'naya zhizn' virtual'nykh deneg. *EZh-Yurist*, no. 23, pp. 1–4.

Polasik M., Piotrowska A., Wisniewski T., Kotkowski R., Lightfoot G. *Price Fluctuations and the Use of Bitcoin: An Empirical Inquiry*. 60 p. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=2516754> (accessed: 12.09.2017).

Raskin M., Yermack D. (2016) Digital Currencies, Decentralized Ledgers, and the Future of Central Banking. *Research Handbook on Central Banking*. 19 p. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=2773973> (accessed: 12.09.2017)

Salvatore D., Rengifo E.W., Ozsoz E. (2008) Dollarization as an Investment Signal in Developing Countries: The Case of Croatia, Czech Republic, Peru, Slovak Republic and Turkey. *Fordham University Department of Economics Discussion Paper No. 2008-16*. 27 p. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=1272092> (accessed: 12.09.2017)

Wright A., De Filippi P. (2015) *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*. 58 p. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=2580664> (accessed: 12.09.2017)

# Ценные бумаги как предмет финансово-экономического интереса и объект гражданско-правовых отношений

---



## **А.О. Иншакова**

профессор, заведующая кафедрой гражданского и международного частного права Волгоградского государственного университета, доктор юридических наук. Адрес: 400062, Российская Федерация, Волгоград, Университетский проспект, 100. E-mail: gimchp@volsu.ru, ainshakova@list.ru.



## **А.И. Гончаров**

профессор кафедры гражданского и международного частного права Волгоградского государственного университета, доктор юридических наук, доктор экономических наук. Адрес: 400062, Российская Федерация, Волгоград, Университетский проспект, 100. E-mail: gimchp@volsu.ru, goncharova.sofia@gmail.com.

---



## **Аннотация**

Большинство ценных бумаг дает возможность вкладывать денежный капитал с целью егоращения, в то же время они являются правовым средством финансирования инвестиций. С одной стороны, выпуская ценные бумаги, организации привлекают денежные средства для развития своей предпринимательской деятельности. С другой стороны, для приобретателей ценные бумаги являются прежде всего способом получения дохода, как правило, без активного участия, без труда в организации. При приобретении ценных бумаг поставщик капитала (инвестор) и потребитель капитала (эмитент ценных бумаг) вступают в гражданско-правовые, финансово-экономические отношения, которые регламентируются условиями выпуска ценных бумаг. Носителями этих условий являются сами ценные бумаги. Это их свойство позволяет экономике сделать скачок вперед, поскольку, если бы ценные бумаги все время срока использования капитала оставались у инвестора, ситуация была бы тождественна банковскому кредитованию. Однако главная ценность бумаг в создании инвесторам возможности участия в активных и разнообразных отношениях и операциях, которые основаны на условиях и содержании ценных бумаг. Если при движении банковского кредитного капитала предметом отношений кредитора и заемщика является сумма денежного капитала, то отношения инвестора и организации, выпускающей ценные бумаги, строятся именно на ценных бумагах. За каждой ценной бумагой стоит капитал, а именно — вложенные в производительных, полезных целях денежные средства, работающие в рамках предпринимательской либо общественно-полезной деятельности. Продавая ценную бумагу, предыдущий владелец тем самым дает возможность новому владельцу ценной бумаги занять его место инвестора в финансово-экономическом отношении. Уступая место инвестора, продавец ценной бумаги не несет ответственности за качество данного «товара», оно неизменно и гарантируется эмитентом. Авторы рассматривают ценные бумаги с учетом их способности одновременно выступать предметом финансово-экономического интереса и объектом гражданско-правовых отношений.

---



## **Ключевые слова**

эмитент, инвестор, ценная бумага, интерес, цена, фондовый рынок, капитал, рост, доход, сделка.

---

Библиографическое описание: Иншакова А.О., Гончаров А.И. Ценные бумаги как предмет финансово-экономического интереса и объект гражданско-правовых отношений // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 97–110.

JEL: K10, K36; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.97.110

Любая ценная бумага позволяет владельцу получить прирост вложенных в эти бумаги денежных средств либо сэкономить на расходах при операциях с товаром и имуществом. Так, чтобы удостоверительный факт внесения денежных средств или иных активов в совместный бизнес, предпринимательская организация выпускает и выдает каждому партнеру акции в количестве, пропорциональном полученному у него капиталу. Вложение капитала вкладчину или от одного лица в коммерческое дело на безвозвратной и бессрочной основе представляет собой акционерное финансирование. Прогрессивное развитие созданного акционерного общества позволяет акционеру регулярно получать дивиденды — часть прибыли этого общества; владелец акций может продать ценные бумаги за сумму, большую той, которая им была вложена<sup>1</sup>.

Возможно, предприимчивые лица не предполагают заниматься производством товаров, выполнением работ, оказанием услуг, работая в составе коммерческой организации. Как инвесторов их интересует только получение прибыли на вложенный капитал, поэтому имеется возможность сформировать паевой инвестиционный фонд, из которого деньги будут вкладываться в ценные бумаги и другое имущество, чтобы со временем продавать дороже то, что раньше было приобретено дешевле, и получать прибыль. Во избежание ошибок и финансовых потерь инвесторы доверяют управление их фондом профессиональной управляющей компании, которая положительно зарекомендовала себя за многие годы успешной практической деятельности<sup>2</sup>. Право инвестора-пайщика на долю собственности в таком фонде удостоверяется ценной бумагой, которая называется инвестиционным паем и выдается управляющей компанией. Пайщик получает доход от прироста стоимости своих инвестиционных паев, когда продает их по цене, выросшей относительно цены приобретения.

Выдавая кредиты под залог недвижимости, банки выдвигают требования к заемщикам, обязательства которых обеспечены ипотекой, при участии специальной управляющей организации превращают в ценные бумаги. Эта организация осуществляет учет и получение платежей от ипотечных заемщиков. Тем самым банк-кредитор добивается ускорения возврата кредита, продавая на рынке полученные ценные бумаги, а управляющая организация получает в управление требования, которые созданы банком-кредитором в результате выдачи долгосрочных кредитов и обеспечены залогом недвижимости (ипотечное покрытие).

Ипотечный сертификат участия удостоверяет право владельца на долю в общей собственности на ипотечное покрытие, а также право требовать у выдавшей сертификат организации надлежащего доверительного управления ипотечным покрытием, права на долю денежных средств, полученных во исполнение обязательств, требования по которым составляют ипотечное покрытие. Инвесторы, приобретая ипотечные серти-

<sup>1</sup> См.: Агеев А.Б. Акционерное законодательство Швейцарии: постатейный комментарий. М., 2005. С. 28.

<sup>2</sup> См.: Ротко С.В., Тимошенко Д.А. Паевой инвестиционный фонд и инвестиционный пай: некоторые проблемы правовой природы, вызванные рецепцией зарубежного права // Банковское право. 2008. № 3. С. 22.

фикуты участия, становятся кредиторами ипотечных заемщиков, регулярно получают возврат вложенных денег и проценты за кредит<sup>3</sup>.

Облигация — инвестиционная ценная бумага, которая удостоверяет право владельца на получение в указанной бумагой срок ее номинальной стоимости, а также процента по ставке, установленной этой же бумагой. Получение возможно и другим имуществом, которое равнозначно денежной сумме, инвестированной приобретателем облигации. Выпускают эти ценные бумаги только юридические лица. Оформляя получение займа, облигации дают их владельцам право на вложение денег в долг под проценты, без участия в делах организации-должника<sup>4</sup>.

При выдаче кредитов можно пустить в экономический оборот права банка-кредитора (получившего недвижимость в залог), а именно: требование на получение денежной суммы и право залога на имущество, которым подкрепляется финансовая состоятельность заемщика. Банк-кредитор может их продать и выручить денежные средства, которые снова может использовать на кредитование. После такой операции у заемщика появится новый кредитор, обладающий прежними правами залогодержателя. Для удобства использования в обороте эти права обременены в лаконичную, строго определенную документальную форму, их удостоверяет закладная. Приобретение закладной позволяет инвестору быстро становиться кредитором ипотечного заемщика, вкладывая деньги в долг под проценты, при этом обязательства самого заемщика обеспечены залогом недвижимости<sup>5</sup>.

Превращение банковского вклада в ценную бумагу позволяет придать вкладу оборотоспособность. С одной стороны, деньги вложены в банк, они гарантированно прирастают согласно заранее установленному проценту, в то же время у кредитора постоянно имеется законный заместитель этих вложенных денег — банковский сертификат. Эта ценная бумага позволяет получать проценты по вкладу, а также использовать банковский сертификат как удобное и компактное движимое имущество.

В отдельных случаях банковскому вкладчику необходимо, чтобы его вклад, а также проценты в любое время смог получить другой человек. Особенно привлекателен в подобных ситуациях вариант, чтобы имя будущего получателя заранее не требовалось определять и указывать в документе о таком банковском вкладе. Каждый гражданин имеет право распоряжаться собственными деньгами, в том числе и помещенными во вклад в коммерческом банке. Для широкого использования этого права в экономическом обороте существует особая ценная бумага — сберегательная книжка на предъявителя. Одновременно она позволяет получать проценты, которые предварительно по данному вкладу были установлены банком. В России в связи с обновлением в 2014 г. Гражданского кодекса сберегательной книжки на предъявителя больше нет<sup>6</sup>.

В современной рыночной экономике интенсивно используется особое расчетно-кредитное средство, допускающее наряду с широкими возможностями расчетов начисление процентов на одолженную сумму, такой документ называется векселем. Вексель

<sup>3</sup> См.: *Абрамова Е.* Ипотечный сертификат участия // *Хозяйство и право.* 2008. № 4. С. 65.

<sup>4</sup> См.: *Селивановский А.С.* Правовое регулирование рынка ценных бумаг. М., 2014. С. 4.

<sup>5</sup> См.: *Операции банков с ценными бумагами. Валютные и сопутствующие операции* : учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры / Д.Г. Алексеева [и др.] ; отв. ред. Д.Г. Алексеева, СВ. Пыхтин. М., 2017. С. 13.

<sup>6</sup> См.: *Ротко С.В., Тимошенко Д.А.* Сберегательная книжка на предъявителя; понятие, правовая природа и трансформация признака транзитивности в практической деятельности // *Нотариус.* 2008. № 6. С. 30–33.

применяется в расчетах вместо денег, что позволяет уменьшить расходы и ускорить расчеты, если бы они происходили в денежной форме, а также позволяет кредиторам быстро уступать свои требования к должнику другим лицам<sup>7</sup>.

В результате многовековой эволюции денег общепризнанной предъявительской ценной бумагой стала банкнота. В процессе этой эволюции сформировалось два явно различных вида денег: действительные деньги и знаки стоимости — заместители или представители действительных денег. Бумажные деньги появились в связи с затруднением металлического денежного обращения и начали функционировать вместо тяжелых и некомпактных серебряных и золотых монет. Банкнота или банковский билет как денежный знак, выпускаемый в обращение и гарантируемый центральным банком, позволяет рационально и быстро производить колоссальную массу наличных расчетов во всей экономике.

Чек является документарной ценной бумагой, которая оформляется с соблюдением всех установленных реквизитов. Чек удостоверяет право держателя получить у банка, в котором имеется счет чекодателя, деньги с его счета в сумме, которая определена в этой ценной бумаге. Очевидно, что, заменяя крупные суммы наличных денег, чек позволяет экономить на расходах при проведении финансовых расчетов<sup>8</sup>.

Перевозчик груза на морском судне выдает отправителю после приема от него груза коносамент. Коносамент можно выдать на имя определенного получателя, который сможет распорядиться грузом по своему усмотрению. Это именная ценная бумага — получатель груза может передать этот документ по именной передаточной надписи. Коносамент существенно ускоряет торговый оборот, поскольку груз, который везут морем многие тысячи миль, оказывается перепроданным в течение срока его движения несколько раз. Неоднократная смена получателя еще не прибывшего в порт назначения груза становится простой, удобной и упорядоченной при помощи передачи коносамента. Ускорение оборота прямо влияет на рост доходов от торговых операций<sup>9</sup>.

Простое складское свидетельство является документарной ценной бумагой на предъявителя; оно выдается товарным складом, подтверждая факт принятия указанного в этом свидетельстве товара на хранение, и удостоверяет право законного владельца свидетельства получить товар. Получатель простого складского свидетельства становится обладателем товарораспорядительного документа, который позволяет, передавая его другому лицу, передавать право собственности на товар, хранящийся на складе, а закладывая его в банк — помещать тот же товар в залог без физического движения самого товара.

Двойное складское свидетельство (документарная ценная бумага, объединяющая вместе два листа-документа) — это одновременно складское и залоговое свидетельство, выдаваемое складом в удостоверение принятия товара на хранение и дающее право законному держателю ценной бумаги получить со склада этот товар. Двойное складское свидетельство является товарораспорядительной ценной бумагой: передача документа другому лицу делает его владельцем товара, который представлен данным складским документом. Соединенные листы одинакового содержания, но с разными наименованиями и каждый со своим назначением, обеспечивают функционирование системы двух документов в складском хранении, тем самым способствуют активному обращению

<sup>7</sup> См.: Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве. М., 2008. С. 221.

<sup>8</sup> См.: Эльяссон Л.С. Чековое право. М., 1927. С. 112.

<sup>9</sup> См.: Рамберг Я. Комментарий ИСС к Инкотермс 2010: понимание и практическое применение. М., 2011. С. 164.

нию различных товаров, оставляя их неподвижными. Очевидно, что применение в торговом и финансовом обороте складских ценных бумаг позволяет весьма существенно экономить на расходах, поскольку вместо товаров могут обращаться их заменители — простые и двойные складские свидетельства<sup>10</sup>.

Чтобы работники акционерных обществ трудились добросовестно, инициативно, с полной отдачей, способствуя росту прибыли коммерческой организации, акционеры их поощряют, обеспечивая льготы при покупке акций акционерного общества с использованием особой ценной бумаги — опциона эмитента. Его покупатель получает право (но не обязанность) в установленный опционом эмитента срок в будущем или в течение установленного времени в будущем купить акции по заранее определенной цене. Акции работники приобретают со скидкой (либо с номинала, либо с текущей рыночной цены), поэтому такое приобретение является довольно выгодной операцией<sup>11</sup>.

Российские депозитарные расписки в полном объеме представляют акции или облигации иностранных эмитентов в нашей стране и удостоверяют право собственности владельца российской депозитарной расписки на определенное количество этих акций или облигаций в отрыве от них. Совершая операции с различными российскими депозитарными расписками, инвесторы получают возможность получать приращение капитала, вкладывая денежные средства в экономику других стран<sup>12</sup>.

Сделки купли-продажи ценных бумаг между продавцами и покупателями, которые повторяются многократно и происходят в огромных количествах, возможны при условии, что бумаги обращаются как финансовые и товарораспорядительные документы, обеспечивая приобретателю документа определенные права. Законы каждого государства подробно регламентируют порядок и формы составления ценных бумаг соответствующего вида.

В советский период (в 1930-е гг.) в нашей стране обращение ценных бумаг практически прекратилось. В 1937 г. СССР присоединился к Международной конвенции о векселях,<sup>13</sup> но вексель использовали во внешнеэкономическом обороте. Постановлением ЦИК СССР и СНК СССР № 104/1341 от 7.08.1937 было утверждено «Положение о переводном и простом векселе». Это был единственный правовой акт о ценных бумагах до самого начала 1990-х гг. Облигации государственных займов СССР, которые распространялись среди советских граждан нередко в принудительном порядке, можно считать ценными бумагами только условно. Выпуски этих облигаций и тиражи выигрышей по ним прекратились в 1958 г., а погашение долга населению состоялось в 1974–1977 гг. На наш взгляд, только появившиеся с 1966 г. свободно обращающиеся облигации внутреннего выигрышного займа СССР можно считать финансовым инструментом — прообразом ценной бумаги.

В 1990-х гг. в России началось построение рыночной экономики, перед этим в СССР были приняты «Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик»

<sup>10</sup> См.: Хайбрахманов Р.Р. Двойное складское свидетельство как ценная бумага: автореф. дис... к/ю. н. М., 2009. С. 4.

<sup>11</sup> См.: Габов А.В. Ценные бумаги: Вопросы теории и правового регулирования рынка. М., 2011. С. 983; Габов А.В. Проблемы гражданско-правового регулирования отношений на рынке ценных бумаг: автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2010. С. 8.

<sup>12</sup> См.: Лимитовский М.А. Инвестиционные проекты и реальные опционы на развивающихся рынках. М., 2017. С. 258–259.

<sup>13</sup> Конвенция о Единообразном законе о переводном и простом векселе (заключена в Женеве 07.06.1930) // *Собрание законов СССР*. 1937. № 18. Ст. 108.

(1991), содержащие определение ценной бумаги: «Ценная бумага — это документ, удостоверяющий имущественное право, которое может быть осуществлено только при предъявлении подлинника этого документа». В нем мы видим два важных свойства ценной бумаги: она 1) удостоверяет имущественное право, 2) для реализации этого права обязательно требуется предъявление бумаги. Однако неконкретность первого официального определения позволяла относить массу различных документов к ценным бумагам.

В конце 1991 г. Правительство России утвердило «Положение о выпуске и обращении ценных бумаг и фондовых биржах РСФСР», предлагавшее уже несколько иную трактовку: «Ценная бумага — это денежный документ, удостоверяющий имущественное право или отношение займа владельца документа по отношению к лицу, выпустившему такой документ». Здесь мы отметим, что ценная бумага — не любой документ, а именно денежный. Вместе с тем из этого нормативно закрепленного определения ценной бумаги не очевидно, что по данному документу можно получить зафиксированную документом сумму. Получить сумму кредитор может только по долговой ценной бумаге в обещанный срок платежа, если должник имеет финансовую возможность расплатиться. Превратить такую бумагу в деньги можно при нахождении на нее покупателя, причем по цене, которая будет установлена соглашением покупателя с продавцом, и, вероятнее всего, будет отличаться от номинала ценной бумаги.

В данном определении бумаги имущественное право и отношение займа были ограничены альтернативно. Однако деньги — тоже имущество, и, приобретая долговую ценную бумагу, ее покупатель приобретает требование на получение процентов и основной суммы долга в заранее фиксированной сумме денег, являющихся частью имущества эмитента бумаги. Следовательно, трактовка ценной бумаги как документа, удостоверяющего имущественное право, полностью охватывает и долговые ценные бумаги, при этом уточнение «или отношение займа» для раскрытия сущности ценной бумаги излишне. Это было учтено в более поздних нормативных актах, разработанных в России.

Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — ГК РФ) 1994 г. содержал значительно более точное определение: «Ценная бумага — это документ, удостоверяющий с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права, осуществление или передача которых возможны только при его предъявлении». Логично, что в ГК РФ первоначально это определение было созвучно с определением ценной бумаги из Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик (1991). При этом в ГК РФ имелось уточнение, что ценной бумагой может быть документ именно установленной формы и только имеющий все обязательные реквизиты. Следовательно, если документ составлен не по форме и в нем отсутствует хотя бы один из обязательных реквизитов, документ ценной бумагой не является.

Действующий ГК РФ (ред. от 28.03.2017) в ст. 142 устанавливает, что «ценными бумагами являются документы, соответствующие установленным законом требованиям и удостоверяющие обязательственные и иные права, осуществление или передача которых возможны только при предъявлении таких документов (документарные ценные бумаги). Ценными бумагами признаются также обязательственные и иные права, которые закреплены в решении о выпуске или ином акте лица, выпустившего ценные бумаги в соответствии с требованиями закона, и осуществление и передача которых возможны только с соблюдением правил учета этих прав в соответствии со статьей 149 ГК РФ (бездокументарные ценные бумаги)».

В научной литературе идет длительная дискуссия, можно ли относить «записи на счетах» к категории ценных бумаг<sup>14</sup>. С одной стороны, действительно, при бездокументарной форме выпуска ценные бумаги физически не изготавливаются из бумаги, и как документы они не существуют. Однако с другой стороны, опираясь на наши соображения, излагаемые ниже, следует признать, что владельцу важно не физическое наличие самой ценной бумаги, возможности (доход и удобство использования), те права, которые бумага своему владельцу обеспечивает. Если ценная бумага выпускается в бездокументарной форме и физически не изготавливается, причем ее существование фиксируется в виде записи в реестре владельцев ценных бумаг либо в виде записи по счету депо, такая форма существования принципиально не влияет на доходность или удобство использования. Необходимо только некоторое время, чтобы привыкнуть к выпискам из реестров либо выпискам по счетам депо, которые фигурируют вместо ценных бумаг, подразумеваемых виртуально. Это совсем нетрудно, поскольку законодателем в ст. 149 действующего ГК РФ предусмотрена подробная регламентация данных вопросов.

В современной практике документарной формы выпуска ценных бумаг довольно часто применяется депонирование сертификатов, а владение ценными бумагами также определяется на основании записей по счетам депо. Практически изготовленный выпуск ценных бумаг (сама физически отпечатанная бумага называется сертификатом, один сертификат может заменять несколько ценных бумаг) передается в депозитарий — на склад — и централизованно в этом депозитарии хранится. В обороте при совершении сделок фигурируют выписки по счету депо соответствующего владельца ценных бумаг. Как видим, в этом варианте централизованного хранения и обращения документарная форма выпуска ценных бумаг мало чем отличается от бездокументарной.

Документарная и бездокументарная формы ценных бумаг обуславливают разные фактические действия при их обращении. Чтобы в сделке купли-продажи (в рамках иной сделки) права, удостоверенные ценной бумагой, можно было передать, необходимо передать сам документ (ценную бумагу) или передать, переоформить права на ценную бумагу. Приобретатель, получивший документ — ценную бумагу, либо выписку по счету депо о зачислении на его лицевой счет прав, эквивалентных конкретному количеству ценных бумаг, — может в силу этого факта распоряжаться ценной бумагой и осуществлять удостоверенные ею права.

Принимая во внимание цели выпуска ценных бумаг, содержание и характер сделок, на которых основан их выпуск, способы вложения денежных средств и выплаты доходов, полагаем, что ценные бумаги рационально подразделить на следующие группы:

- 1) долевые ценные бумаги индивидуального инвестирования (акция, ипотечный сертификат участия) и коллективного инвестирования (инвестиционный пай);
- 2) долговые ценные бумаги коллективного инвестирования (облигация, опцион эмитента, российская депозитарная расписка) и индивидуального инвестирования (закладная, банковский сертификат, сберегательная книжка на предъявителя);
- 3) долговые расчетно-кредитные бумаги (вексель, банкнота, чек) и торговые бумаги (коносамент, простое складское свидетельство, двойное складское свидетельство);
- 4) ценные бумаги для приобретения и представления других ценных бумаг (опцион эмитента, российская депозитарная расписка).

<sup>14</sup> См., напр.: Мурзин Д.В. Ценные бумаги — бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. М., 1998. С. 79; Шевченко Г.Н. Документарные и бездокументарные ценные бумаги в современном гражданском праве // Журнал российского права. 2004. № 9. С. 34–42; Габов А.В. Неимущественные элементы в содержании ценной бумаги // Адвокат. 2009. № 4. С. 12–15.

Большинство ценных бумаг создают обширные возможности вложений денежного капитала с целью его приращения; в то же время, они являются инструментами финансирования инвестиций. С одной стороны, выпуская ценные бумаги, организации привлекают денежные средства для развития своей предпринимательской деятельности. С другой стороны, для приобретателей ценные бумаги являются прежде всего средством получения дохода, как правило, без активного участия, без труда в самой организации<sup>15</sup>.

Рассматривая возникающие в этой сфере финансовые потоки, можно утверждать, что внешне процесс финансирования инвестиций путем выпуска ценных бумаг вполне аналогичен движению банковского кредитного капитала. Фактически и при продаже ценных бумаг для их эмитента, и при зачислении заемщику суммы кредита от банка денежные средства превращаются в производительный капитал на определенных условиях.

При выделении кредита банком поставщик капитала (банк-кредитор) и потребитель капитала (заемщик) вступают между собой в урегулированные гражданским правом финансовые отношения, которые регламентируются в кредитном договоре. Экономический смысл отношений заключается в том, что заемщик в установленный кредитным договором срок обязуется возратить полученную в долг сумму. Кроме того, заемщик обязуется сверх этого внести за пользование капиталом плату — процент за кредит, который является ценой банковского кредитного капитала как товара.

При приобретении ценных бумаг поставщик капитала (инвестор) и потребитель капитала (эмитент ценных бумаг) также вступают между собой в урегулированные гражданским правом финансовые отношения, которые регламентируются условиями выпуска ценных бумаг. Носителями этих условий являются сами ценные бумаги. Это их свойство позволяет экономике сделать гигантский скачок вперед, поскольку если бы ценные бумаги на все время до окончания срока использования капитала оставались у инвестора, то ситуация была бы тождественна банковскому кредитованию. Однако главная ценность бумаг в том, что они дают инвесторам возможность участия в активных и разнообразных отношениях и операциях, которые основаны на условиях и содержании ценных бумаг. Если при движении банковского кредитного капитала предметом отношений кредитора и заемщика является сумма денежного капитала, то отношения инвестора и организации, выпускающей ценные бумаги, строятся именно на самих ценных бумагах. При этом потребитель капитала (эмитент ценных бумаг) выступает продавцом ценной бумаги, а поставщик капитала (инвестор) становится ее покупателем.

Простые и не перспективные для повторного использования в обороте отношения, возникающие при банковском кредитовании, не могут быстро и удобно переноситься на других участников и менять своих субъектов. Именно эта объективная потребность экономики удовлетворяется при выпуске ценных бумаг. Эмитент принимает комплекс финансово-экономических обязательств в момент выпуска ценных бумаг, причем обязательства сохраняются за ним на весь срок существования ценных бумаг данного выпуска. Инвестор (держатель) ценной бумаги согласно условиям выпуска ценных бумаг может легко и быстро передавать свое право собственности другому лицу путем продажи ценной бумаги или ее отчуждения иным способом. В результате ценные бумаги становятся объектами многократной купли-продажи с целью получения дохода от этих операций и, следовательно, обладают свойствами специфического товара.

Потребительная стоимость ценной бумаги как товара обеспечивается тем, что этот товар, будучи объектом вложений денежного капитала, создает возможность получения прироста от этих вложений, а также другие права, приобретаемые инвестором

---

<sup>15</sup> См.: Основы портфельного инвестирования: учебник / Т.В. Никитина и др. М., 2017. С. 9–11.

одновременно с бумагой. Зафиксированные условиями бумаги возможности получения дохода и реализации других полезных для инвестора прав делают бумагу ценной. Совокупность возможностей, которые обеспечивает владельцу ценная бумага, непосредственно влияет на цену данного товара. Первейшей, конечно, является возможность получения дохода по ценным бумагам.

В практике хозяйственного оборота ценные бумаги приобретаются, прежде всего из финансового интереса, с целью получения по ним прироста (разницы в цене покупки и продажи, процентов и дивидендов). Цены, по которым происходят сделки купли-продажи ценных бумаг, как правило, непосредственно привязаны и прямо пропорциональны величине дохода, получаемого по ним. Если доход растет, то цены сделок с данной ценной бумагой повышаются; при уменьшении дохода цены сделок снижаются. Как финансовые инструменты ценные бумаги «умирают», если по ним четко не прогнозируется поступлений дохода в определенный срок в будущем.

Инвестирование денежных средств в ценную бумагу как в некий растущий долг-актив происходит только на этапе самой первой сделки по выводу ценной бумаги в обращение. Например, когда вновь созданное акционерное общество впервые размещает акции среди своих создателей-акционеров. С одной стороны, дивиденды по акциям не ограничены и зависят от величины полученной акционерным обществом прибыли, с другой стороны, каждый инвестор всегда прогнозирует доходность своих вложений именно в процентах на вложенный капитал за годовой срок. Аналогично организация-эмитент передает только что выпущенные облигации первому кредитору-приобретателю этого долга. В этом первичном размещении вложение приобретателя облигаций похоже на операцию банковского кредитования. Однако в дальнейшем судьба ценной бумаги отражает в корне другую финансово-экономическую природу отношений, складывающихся между ее предыдущими и последующими владельцами.

С финансовых позиций за каждой ценной бумагой стоит капитал, а именно — вложенные в производительных, полезных целях денежные средства, работающие в рамках предпринимательской либо общественно-полезной деятельности. Продавая ценную бумагу, предыдущий владелец тем самым дает новому владельцу бумаги возможность занять его место инвестора в этом финансово-экономическом отношении. Уступая место инвестора, продавец ценной бумаги не несет никакой ответственности за качество данного «товара», поскольку за весь срок владения бумагой он никак не мог изменить его. Качество этого специфического товара неизменно и скрепляется условиями, которые гарантирует эмитент, выпуская ценную бумагу, носителем этих условий является она сама.

Место в финансово-экономическом отношении, оформленном ценной бумагой, новый инвестор-приобретатель занимает в полном объеме, точно соответствующем тому объему прав, который предоставлялся ценной бумагой предыдущему инвестору. Однако с течением времени происходит поступательное развитие эмитента ценной бумаги, в процессе своей деятельности он растет. Его возможности обеспечивать прирост вкладываемого в его деятельность и имущество денежного капитала увеличиваются, что закономерно влечет удорожание указанного места, занятого инвестором. Поэтому в долгосрочном периоде (от года и более) цена, по которой ценная бумага продается, растет.

Очевидно, что в неблагоприятных экономических условиях способности эмитента обеспечивать приращение вкладываемого в него капитала инвесторы оценивают скептически. В кризисные периоды экономического развития они отказываются приобретать ценные бумаги, и если владельцы ценных бумаг в таких условиях пытаются их продать, то цена бумаг может быть очень низкой. Например, в разгар кризиса 2008–2009 гг. в феврале 2009 г. акцию Сбербанка можно было купить за 17 руб.; затем, когда анти-

кризисные меры были приняты и с оптимизмом восприняты хозяйствующими субъектами, в декабре 2010 г. акции Сбербанка можно было продать уже по 107 руб. за штуку. Конечно, в обстановке стабильного экономического развития не бывает такого фантастического роста цен акций, вместе с тем изменчивость цен (как рост, так и снижение) является их неотъемлемой характеристикой. Кроме того, существует так называемая ценовая память фондового рынка. Если цена бумаги однажды достигала высоких значений, то через какое-то время после снижения указанная цена снова будет достигнута и пройдена с повышением. Несомненно, если эмитент полностью теряет финансовую состоятельность и оказывается банкротом, никаких инвесторов не заинтересует приобретение его ценных бумаг, следовательно, их цена упадет до нуля.

Оформляя финансово-экономическое отношение превращения денежных средств в растущий производительный капитал между инвестором и эмитентом, ценная бумага реализует еще и эффект ценового мультипликатора. Она притягивает в сделку между предыдущим и новым владельцами ценной бумаги сумму, значительно больше той, которую в первый раз получил сам эмитент, то есть больше номинала ценной бумаги.

В таблице 1 отражено, что номинал обыкновенных акций Сбербанка с 1993 по 2001 гг. составлял всего 50 руб. за акцию, хотя в сделках между покупателями и продавцами они оценивались в несколько тысяч рублей<sup>16</sup>.

Таблица 1

## Выпуск обыкновенных и привилегированных акций Сбербанка\*

Порядковый номер выпуска	Дата регистрации отчета об итогах выпуска	Выпуски обыкновенных акций		Выпуски привилегированных акций		Размер уставного капитала, тыс. руб. (нарастающим итогом)
		Количество, шт.	Номинал, руб.	Количество, шт.	Номинал, руб.	
1	15.04.1993	45 000	50	250 000	1	2 500
2	29.06.1993	135 000	50	750 000	1	10 000
3	21.12.1993	720 000	50	4 000 000	1	50 000
4	12.04.1994	900 000	50	5 000 000	1	100 000
5	20.07.1995	1 900 000	50	–	–	195 000
6	28.09.1995	2 426 249	50	–	–	316 312
7	15.05.1996	2 873 751	50	40 000 000	1	500 000
8	25.12.1996	4 002 000	50	–	–	700 100
9	09.06.1998	1 000 000	50	–	–	750 100
10	04.06.2001	4 998 000	50	–	–	1 000 000
11 **	01.08.2006	19 000 000	3000	50 000 000	60	60 000 000
12	29.03.2007	2 586 948	3000	–	–	67 760 844
13 ***	19.07.2007	21 586 948 000	3	1 000 000 000	3	67 760 844

\* с учетом деноминации денежных знаков

\*\*увеличение номинала акций

\*\*\* дробление акций

<sup>16</sup> Изменение УК и сведения о выпусках акций [Электронный ресурс]: URL: // <http://www.sberbank.com/ru/investor-relations/share-profile/shares> (дата обращения: 26.10.2017)

В итоге в 2006–2007 гг. Сбербанк выпустил новые обыкновенные акции номинальной стоимостью по 3000 руб. Однако цена акции в сделках между продавцами и покупателями превышала 100 тыс. руб. и Сбербанк принял решение об их дроблении в 1000 раз. К началу кризиса (к осени 2008 г.) цены сделок с акциями Сбербанка превышали 100 руб. за акцию.

В октябре 2017 г., несмотря на номинал 3 руб. за акцию, сделки между продавцами и покупателями происходили по цене на 90–95 % выше 100 руб. за акцию Сбербанка (таблица 2).

Как видно из таблицы 2, ценная бумага через гражданско-правовую сделку опосредует затраты инвестора на его вход в финансово-экономическое отношение с эмитентом, причем за цену, которая многократно выше номинала бумаги, она определяется не эмитентом, а самим инвестором и предыдущим владельцем под влиянием рыночной ситуации<sup>17</sup>.

Таблица 2

**Рыночная капитализация Сбербанка в 2016–2017 гг.**

Дата	Организатор торговли	Индивидуальный государственный регистрационный номер ценных бумаг	Количество акций, шт.	Рыночная цена акции, руб.	Рыночная капитализация, млрд. руб.
01.01.16	ЗАО «ФБ ММВБ»	10301481В	21586948000	101,18	2 184,2
01.01.16	ЗАО «ФБ ММВБ»	20301481В	1000000000	76,33	76,3
<b>Итого капитализация:</b>					<b>2 260,5</b>
01.01.17	ПАО Московская Биржа	10301481В	21586948000	171,85	3 709,7
01.01.17	ПАО Московская Биржа	20301481В	1000000000	130,19	130,2
<b>Итого капитализация:</b>					<b>3 839,9</b>

Ценная бумага является не только специфическим, но и быстрореализуемым (высоколиквидным) товаром. Например, невозможно продать за несколько минут 10 тыс. тонн зерна, но это легко сделать путем реализации простого складского свидетельства. Нет такого покупателя, который согласился бы купить, например, 100 тыс. тонн нефти, которая будет доставлена танкером ему в порт через два месяца. Однако это вполне достижимо с использованием коносамента, сделка с которым может быть совершена в течение часа. Это уникальное свойство ценных бумаг ведет к тому, что инвесторы вкладывают в них капитал, абстрагируясь от тех возможностей, которые ценные бумаги предоставляют фактически. В этих примерах приобретатель складского свидетельства, как правило, не имеет никакого интереса в получении 10 тыс. тонн зерна, а новый владелец коносамента не собирается принимать в порту 100 тыс. тонн нефти.

Аналогично квалифицированный инвестор, покупая акции Сбербанка в разгар кризиса, в феврале 2009 г. по 17 руб. за штуку, не собирается навсегда связывать судьбу с данным акционерным обществом. Дождавшись благоприятной обстановки, например, октября 2017 г., когда другие инвесторы будут готовы и согласны купить акции Сбербанка по 195 руб., владелец такого ликвидного товара продаст его и получит высокую прибыль, а именно — 1047% за 8,8 лет, что составляет более 118% годовых.

<sup>17</sup> Акционерный капитал [Электронный ресурс]: URL: // <http://2013.report-sberbank.ru/ar/corporate-governance/share-capital/> (дата обращения: 26.10.2017)

Большинство инвесторов покупает ценные бумаги, чтобы через некоторое время их продать дороже цены приобретения. В результате ценные бумаги покупают и продают под влиянием потребности инвесторов получить приращение денежного капитала на том экономическом основании, что существуют успешно работающие эмитенты, либо пользующиеся спросом товары и имущество. Следовательно, ценная бумага — это урегулированный гражданским правом финансовый инструмент получения дохода в результате экономического роста эмитента, удорожания товара или имущества, которые данной ценной бумагой представлены, поэтому ценные бумаги были, остаются и будут предметом экономического интереса и объектом гражданско-правовых отношений.



### Библиография

- Абрамова Е. Ипотечный сертификат участия // *Хозяйство и право*. 2008. № 4. С. 63–74.
- Агеев А.Б. Акционерное законодательство Швейцарии: Постатейный комментарий. М.: Статут, 2005. 237 с.
- Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве: учебное пособие по специальному курсу. 2-е изд. М.: ЮрИнфоР, 2008. 681 с.
- Габов А.В. Ценные бумаги: Вопросы теории и правового регулирования рынка. М.: Статут, 2011. 1104 с.
- Габов А.В. Проблемы гражданско-правового регулирования отношений на рынке ценных бумаг: автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2010. 54 с.
- Лимитовский М. А. Инвестиционные проекты и реальные опционы на развивающихся рынках. 5-е изд. М.: Юрайт, 2017. 486 с.
- Мурзин Д.В. Ценные бумаги — бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. М.: Статут, 1998. 176 с.
- Операции банков с ценными бумагами. Валютные и сопутствующие операции: учебник и практикум / отв. ред. Д. Г. Алексеева, С. В. Пыхтин. М.: Юрайт, 2017. 182 с.
- Основы портфельного инвестирования: учебник / Т.В. Никитина и др. М.: Юрайт, 2017. 262 с.
- Рамберг Я. Комментарий ИСС к Инкотермс 2010: понимание и практическое применение. М.: Инфотропик Медиа, 2011. 352 с.
- Ротко С.В., Тимошенко Д.А. Паевой инвестиционный фонд и инвестиционный пай: некоторые проблемы правовой природы, вызванные рецепцией зарубежного права // *Банковское право*. 2008. № 3. С. 22–24.
- Ротко С.В., Тимошенко Д.А. Сберегательная книжка на предъявителя; понятие, правовая природа и трансформация признака транзитивности в практической деятельности // *Нотариус*. 2008. № 6. С. 30–33.
- Селивановский А.С. Правовое регулирование рынка ценных бумаг. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2014. 584 с.
- Хайбрахманов Р.Р. Двойное складское свидетельство как ценная бумага: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2009. 28 с.
- Эльясон Л.С. Чековое право. М.: Финиздат, 1927. 118 с.

---

## Securities as a Subject of Financial and Economic Interest and Object of Civil Law Relations



**Agnessa Inshakova**

Professor, Head, Department of Civil and International Private Law, Volgograd State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 100 Universitetskyyi Prospekt, Volgograd 400062, Russian Federation. E-mail: gimchp@volsu.ru, ainshakova@list.ru



## Alexander Goncharov

Professor, Department of Constitutional and Municipal Law, Volgograd State University, Doctor of Juridical Sciences, Doctor of Economic Sciences. Address: 100 Universitetskiy Prospekt, Volgograd 400062, Russian Federation. E-mail: gimchp@volsu.ru, goncharova.sofia@gmail.com.



## Abstract

Most securities provide effective opportunities for investing money capital in order to increase it, at the same time, they are the legal priority of investments. On the one hand, issuing securities, organizations attract funds for the development of their entrepreneurial activities. On the other hand, for purchasers, securities, above all, a way of generating income, usually without active participation, without difficulty in the organization itself. Attraction of securities (capital) and investments of capital (citizenship of securities) are joined by civil-legal, financial and economic relations that regulate the issue of securities. The carriers of these conditions are the securities themselves. This is their correctness, if the securities are on all the time before the end of the period of use to get rid of it. However, the main value of securities is that they are investors who can participate in special, more active and diversified relationships and transactions that are based on the conditions and content of securities. If the movement of bank credit capital, the credit and credit organization will be one or another amount of money capital, then the relationship of the investor and the organization issuing securities are built on the securities themselves. For each security there is capital, namely, money invested in productive, useful purposes, working within the framework of some entrepreneurial or socially useful activity. By selling a security, the previous owner thereby gives access to securities to take his place as an investor in this financial and economic sense. Leaving his place as an investor, the seller of a security «Quality», it is invariably guaranteed by the issuer that issued the security. In this article, the authors examine the securities taking into account their ability to simultaneously act in the trade aspect of the financial and economic interest and the object of civil law relations.



## Keywords

issuer; investor; security; interest; price; stock market; capital; growth; income; transaction.

Citation: Inshakova A.O., Goncharov A.I. (2017) Securities as a Subject of Financial and Economic Interest and Object of Civil Law Relations. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 97–110 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.97.110



## References

- Abramova E. (2008) Ipotechnyy sertifikat uchastiya [Mortgage Certificate of Participation]. *Khozyaystvo i pravo*, no. 4, p 63–74.
- Ageev A.B. (2005) *Aktsionernoe zakonodatel'stvo Shveysarii: Postateynyy kommentariy* [Corporate Legislation of Switzerland. Commentary]. Moscow: Statut, 237 p. (in Russian)
- Alekseeva D.G., Pykhtin S.V. (2017) *Operatsii bankov s tsennymi bumagami. Valyutnye i sopol'tvuyushchie operatsii* [Bank Transactions with Securities]. Moscow: Yurayt, 182 p. (in Russian)
- Belov V.A. (2008) *Tsennye bumagi v rossiyskom grazhdanskom prave* [Securities in Russian Civil Law]. Moscow: TsentrYurInfoR, 681 p. (in Russian)
- El'yasson L.S. (1927) *Chekovoe pravo* [Cheque Law]. Moscow: Finizdat, 118 p. (in Russian)
- Gabov A.V. (2010) *Problemy grazhdansko-pravovogo regulirovaniya otnosheniy na rynke tsennykh bumag: avtoref. diss...doktora juridicheskikh nauk* [The Civil Regulating at Securities Market. Doctor of Juridical Sciences Thesis Summary]. Moscow, 54 p.
- Gabov A.V. (2011) *Tsennye bumagi: Voprosy teorii i pravovogo regulirovaniya rynka* [Securities: Theory and Legal Regulation of Market]. Moscow: Statut, 1104 p. (in Russian)
- Khaybrakhmanov R.R. (2009) *Dvoynoe skladskoe svidetel'stvo kak tsennaya bumaga: (Avtoref. diss...kand. jurid. nauk)*. [Double Storage Certificate as a Security (Candidate of Sciences Thesis Summary)]. Moscow, 28 p.

- Limitovskiy M.A. (2017) *Investitsionnye proekty i real'nye optsiony na razvivayushchikhsya rynkakh* [Investments Projects and Options at Developing Markets]. Moscow: Yurayt, 486 p. (in Russian)
- Murzin D.V. (1998) *Tcennye bumagi — bestelesnye veschi*. Pravovye problemy [Securities are Non-Material Things. Issues of Legal Regulation]. Moscow: Statut, 162 p. (in Russian)
- Nikitina T.V. et al. (2017) *Osnovy portfel'nogo investirovaniya* [Basics of Portfolio Investments]. Moscow: Yurayt, 262 p. (in Russian)
- Ramberg J. (2010) *Kommentariy k Inkoterms 2010: ponimanie i prakticheskoe primeneniye* [Comments to Incoterms 2010: Understanding and Implementation]. Moscow: Infotropik Media, 352 p. (in Russian)
- Rotko C.B., Timoshenko D.A. (2008) Paevoy investitsionnyy fond i investitsionnyy pay: nekotorye problemy pravovoy prirody, vyzvannye retseptsiey zarubeznogo prava [Mutual Fund and Investment Fund]. *Bankovskoe pravo*, no. 3, p. 22–24.
- Rotko C.B., Timoshenko D.A. (2008) Sberogatel'naya knizhka na pred'yavitelya; ponyatie, pravovaya priroda i transformatsiya priznaka tranzitivnosti v prakticheskoy deyatelnosti [Savings Book Issued to Bearer: Concept and Legal Nature]. *Notarius*, no. 6, p. 30–33.
- Selivanovskiy A.S. (2014) *Pravovoe regulirovanie rynka tsennykh bumag* [Legal Regulation of Securities Market]. Moscow: National Research University Higher School of Economics, 584 p. (in Russian)

# Предъявление встречного иска к международной межправительственной организации при рассмотрении гражданских дел

---

---



**А.И. Щукин**

ведущий научный сотрудник отдела международного частного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, Б. Черемушкинская ул., 34. E-mail: pil@izak.ru

---



## **Аннотация**

Одной из важных гарантий защиты прав ответчика в гражданском судопроизводстве служит институт встречного иска. Право на предъявление встречного иска — это субъективное право лица, привлекаемого судом к ответу по первоначальному иску. Несмотря на, казалось бы, довольно детальную регламентацию института встречного иска, на практике остаются нерешенными некоторые вопросы. В статье рассматривается вопрос о том, может ли ответчик воспользоваться данным средством защиты своих прав в случае участия на стороне истца международной межправительственной организации. Этот вопрос весьма важен, в том числе с точки зрения выбора правильной тактики защиты в судебном процессе. На основании анализа международных соглашений автор приходит к выводу, что международная организация должна быть признана отказавшейся от судебного иммунитета в отношении встречного иска, непосредственно связанного с первоначальным, если эта организация предъявила иск в российский суд. При наличии взаимной связи встречный иск к международной организации должен быть рассмотрен совместно с первоначальным требованием без каких-либо иных дополнительных условий, вне зависимости от соображений процессуальной экономии. Рассмотрение судом встречного иска к международной организации-истцу в рамках уже начавшегося процесса в большей степени обеспечивает удобную и своевременную защиту прав ответчика как равноправной стороны, нежели рассмотрение его требования к организации в рамках другого самостоятельного дела. В данном случае встречный иск выступает своего рода средством защиты от судебного иммунитета международной организации. По мнению автора, международная организация также должна считаться отказавшейся от судебного иммунитета в отношении первоначального иска, если данная организация предъявила встречный иск в российский суд. В приведенных случаях отказ от права на судебный иммунитет характеризуется конклюдентными процессуальными действиями международной организации и выражается в выборе линии поведения, исключающей во избежание злоупотребления правом другой механизм правовой защиты.

---



## **Ключевые слова**

юрисдикция российских судов, судебный иммунитет, международная межправительственная организация, иск, встречный иск, международный гражданский процесс.

---

---

Библиографическое описание: Шукин А.И. Предъявление встречного иска к международным межправительственным организациям при рассмотрении гражданских дел // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 111–127.

JEL: K33; K41; УДК:341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.111.127

Обращением за судебной защитой считается не только исковое заявление, поданное истцом, но и встречный иск ответчика, нацеленный на защиту от притязаний истца. Встречный иск в гражданском судопроизводстве представляет собой одно из важных средств защиты прав ответчика. Право на предъявление встречного иска — это субъективное право лица, привлекаемого судом к ответу по первоначальному иску. Содержанием права на предъявление встречного иска, как отмечается в литературе, является проявление субъективного права, т.е. процессуальные действия заинтересованных лиц и суда по возбуждению и поддержанию процесса для рассмотрения судом предъявленного иска и вынесения по нему решения по существу<sup>1</sup>.

Под встречным иском некоторые авторы понимают «такое самостоятельное требование, которое ответчик предъявляет истцу в том же судебном процессе до окончания производства по первоначальному иску судом первой инстанции в целях совместного решения обоих исков»<sup>2</sup>. Наиболее полное определение данного правового явления, на наш взгляд, сформулировала Н.И. Клейн: встречный иск — это «заявленный ответчиком в уже возникшем процессе по первоначальному иску и рассматриваемый совместно с ним иск, которым ответчик предъявляет к истцу требование, служащее средством защиты против первоначального требования или связанное с ним близостью оснований»<sup>3</sup>. Таким образом, среди характерных черт встречного иска можно выделить то, что встречный иск предъявляется в уже возникшем процессе по первоначальному требованию и для совместного с ним рассмотрения.

Нормативному регулированию рассматриваемого института в России посвящены положения процессуальных кодексов. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 132 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) ответчик до принятия арбитражным судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, вправе предъявить истцу встречный иск для рассмотрения его совместно с первоначальным иском. Об этом идет речь также в ст. 137 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ).

Несмотря на казалось бы детальную регламентацию института встречного иска, на практике остаются нерешенными некоторые вопросы. Один из них — может ли ответчик воспользоваться данным средством защиты своих прав в случае участия на стороне истца такого специфического субъекта, как международная межправительственная организация? Этот вопрос весьма важен, в том числе с точки зрения выбора правильной организации тактики защиты в судебном процессе.

Специфика правового положения международной межправительственной организации в гражданском (арбитражном) процессе связана с таким элементом ее право-

<sup>1</sup> См.: *Арапов Н.Т.* Встречный иск в советском гражданском процессуальном праве: автореф. дис. ... к. ю. н. Томск, 1965. С. 17.

<sup>2</sup> См.: *Фурсов Д.А.* Проблемы встречного иска в арбитражном процессе // *Юридический мир.* 1998. № 9–10. С. 79.

<sup>3</sup> См.: *Клейн Н.И.* Встречный иск в суде и арбитраже. М., 1964. С. 12.

субъектности, как иммунитет от юрисдикции суда<sup>4</sup>. Судебный иммунитет международной организации означает обязанность суда Российской Федерации воздержаться от привлечения данной организации к участию в судебном разбирательстве. Норма об обладании международной организацией судебным иммунитетом находит свое закрепление в международных актах. Например, в разд. 4 ст. III Конвенции о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений ООН (1947)<sup>5</sup> установлено, что специализированные учреждения пользуются иммунитетом от любой формы судебного вмешательства. Согласно ч. 2 ст. 8 Соглашения между Правительством РФ и Евразийской патентной организацией о штаб-квартире (1996)<sup>6</sup>, Организация в рамках официальной деятельности пользуется иммунитетом от любой формы судебного вмешательства.

Принцип иммунитета международных организаций предусмотрен и в нормах российского процессуального законодательства. Так, в ч. 1 ст. 401 ГПК РФ установлено, что международные организации подлежат юрисдикции судов в РФ по гражданским делам в пределах, определенных международными договорами РФ, федеральными законами. Сходная норма содержится в ч. 1 ст. 251 АПК РФ.

Международная организация может отказаться от судебного иммунитета. Например, в силу п. 1 ст. 3 Конвенции о привилегиях и иммунитетах Шанхайской организации сотрудничества (2004)<sup>7</sup> данная Организация пользуется иммунитетом от любой формы судебного вмешательства за исключением случаев, когда она отказывается от иммунитета. Отказ от иммунитета, как правило, должен носить явно выраженный характер, о чем прямо говорится, например, в п. 1 ст. 4 Конвенции о привилегиях и иммунитетах Секретариата, его персонала и представителей государств-членов Совещания по взаимодействию и мерам доверия в Азии (2010)<sup>8</sup>. Из этого исходит и судебная практика, в частности, о явно выраженном согласии международной организации на рассмотрение в отношении нее спора указывается в п. 8 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ (далее — ВАС РФ) от 11.06.1999 № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса». В доктрине высказывается аналогичная точка зрения — например, В.В. Ярков также считает, что отказ международной организации от иммунитета должен быть достаточно ясен и выражен в документах, исходящих от компетентных лиц<sup>9</sup>.

Наряду с этим в литературе предлагается приравнять к отказу от судебного иммунитета обращение международной организации с исковым заявлением или другой формой обращения в национальные судебные органы применительно к конкретному делу. Иное, по мнению некоторых авторов, может поставить под вопрос принцип состязательности<sup>10</sup>. Правда, по отношению к чему, к какому процессуальному действию в этом случае международная организация не вправе ссылаться на иммунитет, не поясняется.

<sup>4</sup> См.: *Гетьман-Павлова И.В., Касаткина А.С., Филатова М.А.* Международный гражданский процесс. М., 2017. С. 109.

<sup>5</sup> СПС КонсультантПлюс.

<sup>6</sup> СЗ РФ. 15.06.1998. № 24. Ст. 2628.

<sup>7</sup> СЗ РФ. 11.08.2008. № 32. Ст. 3764.

<sup>8</sup> Россия ратифицировала данный документ Федеральным законом от 30.11.2011 № 368-ФЗ // СЗ РФ. 05.12.2011. № 49 (ч. I). Ст. 7046.

<sup>9</sup> См.: *Ярков В.В.* Компетенция арбитражных судов в Российской Федерации по рассмотрению дел с участием иностранных лиц // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2003. № 3. С. 9, 13.

<sup>10</sup> См.: *Ластовская О.А.* Международная межправительственная организация как субъект международного частного права. Гродно, 2013. С. 172–173.

При этом не совсем понятно, какое отношение к приведенной ситуации имеет принцип состязательности и в чем может заключаться его несоблюдение.

По мнению Т.Н. Нешатаевой, в определенных случаях арбитражные суды Российской Федерации вправе рассматривать споры с участием сторон, обладающих международными иммунитетами, учитывая обстоятельства каждого дела. В качестве примера автор приводит следующий случай. Межправительственная организация со штаб-квартирой в Москве обратилась с иском к российской фирме в российский арбитражный суд. В свою очередь, фирма заявила встречный иск. Поскольку межправительственная организация сослалась на иммунитет от судопроизводства, суд отказал в принятии встречного иска. Суд вышестоящей инстанции признал такой отказ неправомерным в связи с тем, что после заявления исковых требований в суд межправительственная организация утратила право на иммунитет от российского судопроизводства в данном споре<sup>11</sup>.

Анализ норм некоторых международных соглашений, в том числе с участием России, действительно, дает основание характеризовать ряд предпринятых международной организацией процессуальных действий по существу дела как молчаливый отказ от судебного иммунитета и согласие с юрисдикцией суда. Так, согласно пп. «d» п. 1 ст. 2 Протокола о привилегиях и иммунитетах Международной организации морской спутниковой связи (ИНМАРСАТ) (1981)<sup>12</sup>, если Организация явно не отказалась от иммунитета в каком-либо конкретном случае, она обладает в рамках официальной деятельности иммунитетом от юрисдикции, за исключением встречного иска, непосредственно связанного с судебным разбирательством, возбужденным ИНМАРСАТ. Об этом же идет речь в пп. «d» п. 1 ст. 6 Соглашения о штаб-квартире между ИНМАРСАТ и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии (1999)<sup>13</sup>.

В соответствии с подп. «в» § 1 ст. 1 Протокола о привилегиях и иммунитетах Межправительственной организации по международным железнодорожным перевозкам (ОТИФ)<sup>14</sup>, в рамках своей официальной деятельности Организация пользуется иммунитетом от любой формы судебного вмешательства и судебных решений, за исключением случаев, когда предъявляется встречный иск, непосредственно связанный с процедурой, начатой по существу Организацией.

В п. «b» ст. 3 Соглашения между Правительствами Королевства Дании, Эстонской Республики, Финляндской Республики, Федеративной Республики Германия, Латвийской Республики, Литовской Республики, Республики Польша, Российской Федерации и Королевства Швеции о привилегиях и иммунитетах Комиссии защиты морской среды Балтийского моря (1998)<sup>15</sup> установлено: любое имущество и активы Комиссии, где бы они ни находились, пользуются иммунитетом от любого обыска, ограничения, реквизиции, изъятия, конфискации, экспроприации, наложения ареста или исполнения решения, будь то в порядке исполнительного, административного или судебного производства, кроме как в отношении встречного иска, непосредственно связанного с судебным разбирательством, инициированным Комиссией.

<sup>11</sup> См.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В. Ф. Яковлева, М. К. Юкова. М., 2003. С. 660.

<sup>12</sup> Собрание постановлений Правительства Союза ССР. Отдел второй. 1984. № 8. Ст. 7.

<sup>13</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.imo.org/public/Portals/0/Docs/BasicDocuments/HA/E.Headquarters%20Agreement.pdf> (дата обращения: 01.09.2017)

<sup>14</sup> Протокол является приложением к Конвенции о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ) от 09.05.1980. См.: СЗ РФ. 29.08.2011. № 35. Ст. 5060.

<sup>15</sup> СЗ РФ. 13.04.2009. № 15. Ст. 1782.

Согласно пп. «f» п. 2 ст. 5 Соглашения о штаб-квартире между Комиссией сохранения морских живых ресурсов Антарктики и Правительством Австралии (1986)<sup>16</sup> в пределах своей официальной деятельности Комиссия пользуется судебным иммунитетом, за исключением встречного требования, непосредственно связанного с судебным делом, возбужденным Комиссией. Сходные положения содержатся в пп. «f» п. 2 ст. 4 Соглашения о штаб-квартире Секретариата договора об Антарктике в Буэнос-Айресе (2010)<sup>17</sup>, в пп. «f» п. 1 ст. 4 Соглашения о штаб-квартире между Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Европейским банком реконструкции и развития (1991)<sup>18</sup>.

Таким образом, международная организация признается отказавшейся от судебного иммунитета в отношении встречного иска, если она сама предъявила иск в суд того или иного государства.

Стоит отметить, что сходное регулирование имеет место в отношении иных субъектов судебного процесса, обладающих по общему правилу иммунитетом. Например, согласно ст. 26 Соглашения о правовом статусе Организации Договора о коллективной безопасности (2002)<sup>19</sup>, возбуждение дела представителем государства-члена Организации лишает его права ссылаться на иммунитет от юрисдикции в отношении любого встречного иска, непосредственно связанного с основным иском. Из п. 3 ст. 31 Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера (1975)<sup>20</sup> следует, что возбуждение дела членом дипломатического персонала представительства лишает его права ссылаться на иммунитет от юрисдикции в отношении любого встречного иска, непосредственно связанного с основным иском. Пункт 3 ст. 20 Консульской конвенции между Российской Федерацией и Королевством Бельгия (2004)<sup>21</sup> предусматривает: возбуждение консульским должностным лицом или консульским служащим дела в том случае, когда он мог бы воспользоваться иммунитетом от юрисдикции согласно ст. 18 Конвенции, лишает его права ссылаться на иммунитет от юрисдикции в отношении встречного иска, непосредственно связанного с основным иском.

Правда, в отношении иностранного государства вопрос о встречном иске в свое время получил в литературе неоднозначное разрешение. Как писал А. Гойхбарг, «право государства во всех случаях выступать истцом перед судами другого государства было бы сведено на нет, являлось бы своего рода ловушкой для государства, если бы в случае предъявления им иска ответчик мог бы в этом же суде предъявить к этому государству любой встречный иск. Это означало бы совершенно исказить или даже отменить другое отмеченное выше общее право, что государству нельзя навязать против его воли

<sup>16</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.ccamlr.org/ru/system/files/r-pt2.pdf> (дата обращения: 01.09.2017)

<sup>17</sup> [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.ats.aq/documents/keydocs/vol\\_1/vol1\\_15\\_Secretariat\\_Headquarters\\_Agreement\\_r.pdf](http://www.ats.aq/documents/keydocs/vol_1/vol1_15_Secretariat_Headquarters_Agreement_r.pdf) (дата обращения: 01.09.2017)

<sup>18</sup> [Электронный ресурс]: // URL: [http://treaties.fco.gov.uk/docs/fullnames/pdf/1991/TS0045%20\(1991\)%20CM-1615%201991%2015%20APR,%20LONDON%3B%20HEADQUARTERS%20AGREEMENT%20BETWEEN%20GOV%20OF%20UK%20AND%20NI%20AND%20THE%20EUROPEAN%20BANK%20FOR%20RECONSTRUCTION%20AND%20DEVELOPMENT.pdf](http://treaties.fco.gov.uk/docs/fullnames/pdf/1991/TS0045%20(1991)%20CM-1615%201991%2015%20APR,%20LONDON%3B%20HEADQUARTERS%20AGREEMENT%20BETWEEN%20GOV%20OF%20UK%20AND%20NI%20AND%20THE%20EUROPEAN%20BANK%20FOR%20RECONSTRUCTION%20AND%20DEVELOPMENT.pdf) (дата обращения: 01.09.2017)

<sup>19</sup> СЗ РФ. 19.01.2004. № 3. Ст. 164.

<sup>20</sup> Конвенция не вступила в силу. СССР ратифицировал данный документ Указом Президиума Верховного Совета Союза ССР от 14.07.1978 № 7808-IX с заявлением.

<sup>21</sup> СЗ РФ. 22.03.2010. № 12. Ст. 1257.

роль ответчика»<sup>22</sup>. В то же время автор приводил высказанное в литературе мнение, что «только в исключительных случаях справедливость, а также хорошее отправление правосудия требуют, чтобы допускался также и встречный иск против экстерриториальных особ. Вне этих случаев, однако, этот встречный иск... не может быть против них допущен»<sup>23</sup>.

Судебная практика того времени знала немало примеров, когда встречный иск к иностранному государству разбирался наряду с основным. Так, американское морское ведомство обратилось в итальянский суд с иском к страховому обществу, а оно предъявило встречный иск о неуплаченной претензии. Морское ведомство, отождествляя себя с Правительством США, возражало против компетентности суда рассматривать второе требование. Однако суд признал встречный иск допустимым и присудил обществу убытки<sup>24</sup>.

По мнению И.С. Перетерского и С.Б. Крылова, если государство, являющееся истцом по основному иску, не давало согласия на выступление в качестве ответчика по встречному иску, то в отношении встречного иска применяются общие правила о судебном иммунитете<sup>25</sup>. Сходную точку зрения высказывал и М.М. Богуславский: «Обращение одного государства с иском в суд другого не означает признания подсудности в отношении встречного иска. Если государство-истец не давало такого согласия, то в отношении встречного иска должны применяться общие положения об иммунитете»<sup>26</sup>.

В настоящее время рассматриваемый вопрос нашел разрешение на уровне региональных и универсальных международных соглашений. Например, в подп. «а» п. 2 ст. 1 Европейской конвенции об иммунитете государств (1972)<sup>27</sup> установлено: договаривающееся государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции в судах другого договаривающегося государства в отношении встречного иска в тех случаях, когда этот встречный иск вытекает из юридической взаимосвязи или из фактов, на которых основывается первоначальный иск. В ч. 1 ст. 9 Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (2004)<sup>28</sup> предусмотрено: государство, возбуждающее разбирательство в суде другого государства, не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции этого суда в отношении любого встречного иска, основывающегося на том же правовом отношении или фактах, что и основной иск.

Закрепленный в международных соглашениях подход получил свое подтверждение в национальном законодательстве. В частности, п. 3 ст. 6 Федерального закона от 03.11.2015 № 297-ФЗ «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации» (далее — Закон о юрисдикционных иммунитетах) устанавливает: иностранное государство признается отказавшимся от судебного иммунитета в отношении любого встречного иска, если данное иностранное государство предъявило иск в суд России. Пункт 4 этой же статьи предусматривает, что иностранное государство признается отказавшимся от судебного

<sup>22</sup> См.: Гейхбарг А. Встречные иски к государству-истцу // Внешняя торговля. 1934. № 12. С. 18.

<sup>23</sup> Там же. С. 19.

<sup>24</sup> Там же.

<sup>25</sup> См.: Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1959. С. 203.

<sup>26</sup> См.: Богуславский М.М. Иммунитет государства. М., 1962. С. 18.

<sup>27</sup> Россия не участвует в Конвенции.

<sup>28</sup> Российская Федерация подписала Конвенцию во исполнение Распоряжения Правительства РФ от 27.10.2006 № 1487-р. К настоящему времени Конвенция в силу не вступила.

иммунитета в отношении первоначального иска, если данное иностранное государство предъявило встречный иск в российский суд. Стоит отметить, что сформированная до принятия Закона о юрисдикционных иммунитетах практика российских судов основывалась на тех же самых стандартах<sup>29</sup>.

Сходные нормы предусмотрены в процессуальном законодательстве иностранных государств. Например, по п. 1 ст. 427 Гражданского процессуального кодекса Туркменистана (2015) иностранное государство, предъявившее иск в суд Туркменистана, признается согласившимся на отказ от судебного иммунитета в отношении любого встречного иска, основанного на тех же правоотношениях или фактах, как и первоначальный иск этого государства. По § 1607 Закона США об иммунитете иностранного государства (1976) иностранному государству не предоставляется иммунитет от любого встречного иска при соблюдении определенных условий<sup>30</sup>.

Таким образом, норма о непредоставлении судебного иммунитета участнику судебного разбирательства, который, по общему правилу, им обладает, в случае предъявления к нему встречного иска носит универсальный характер и применима к международной организации-истцу.

Обозначенный подход нашел отражение в практике российских судов. Например, в арбитражный суд обратился Объединенный институт ядерных исследований (далее — Институт)<sup>31</sup> с заявлением о признании недействительными решения и требования Фонда социального страхования России (далее — Фонд) об уплате недоимки по взносам на обязательное страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, а также пени за несвоевременную их уплату. Институт также просил суд признать недействительным выставленное Фондом инкассовое поручение о взыскании указанных сумм. До принятия судом решения по существу Фонд предъявил встречное требование к Институту о взыскании доначисленной недоимки по страховым взносам и пени за несвоевременную их уплату, которое было принято судом к рассмотрению. По итогам судебного разбирательства суд удовлетворил частично иски требования Института, а также Фонда, взыскав в его пользу с Института недоимку по страховым взносам<sup>32</sup>.

По другому делу апелляционный суд, отменяя решение суда первой инстанции, отказал в удовлетворении иска Института о признании права собственности на объект недвижимости и удовлетворил встречное требование Федерального агентства по управлению федеральным имуществом о признании права собственности на спорное имущество за Российской Федерацией<sup>33</sup>.

Стоит отметить, что международная организация признается также отказавшейся от судебного иммунитета в отношении первоначального иска, если данная организация

<sup>29</sup> См., напр.: п. 6 информационного письма Президиума ВАС РФ от 18.01.2001 № 58 «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов» / СПС КонсультантПлюс.

<sup>30</sup> См.: Хлестова И.О. Юрисдикционный иммунитет государства. М., 2007. С. 44.

<sup>31</sup> Согласно ст. 1 Устава от 23.09.1956 Институт является международной межправительственной научно-исследовательской организацией, созданной в соответствии с Соглашением от 26.03.1956 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>32</sup> См.: решение Арбитражного суда Московской области от 06.04.2005 по делу № А41-К2-4092/03 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>33</sup> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 14.07.2008 по делу № А41-К1-12052/05 // СПС КонсультантПлюс.

предъявила встречный иск в российский суд. Например, по одному из дел решением Арбитражного суда Москвы были удовлетворены исковые требования российской компании к Институту о взыскании задолженности и неустойки по договору о подготовке проектной документации для строительства. Предъявленный Институту встречный иск о взыскании неустойки за нарушение срока выполнения работ по договору оставлен без удовлетворения<sup>34</sup>.

В приведенных случаях отказ от права на судебный иммунитет характеризуется конклюдентными процессуальными действиями международной организации и выражается в выборе линии поведения с четким пониманием правовых последствий отказа от другой возможной линии поведения. Как указывается в литературе, ситуация, приводящая к отказу от права, начинается с выбора поведения (линии защиты), затем требует соблюдения последовательности такого поведения во избежание злоупотребления процессуальными правами, что уже приводит к невозможности реализации какой-либо другой линии поведения, т.е. к отказу от другого механизма правовой защиты<sup>35</sup>. Предъявление иска, в том числе встречного требования — это добровольное, активное, осознанное поведение в рамках процессуальных правоотношений, предполагающее оценку возможных правовых последствий выбора такого поведения, которое означает отказ от права на иммунитет и признание юрисдикции суда, компетентного рассматривать спор.

Право на предъявление иска вообще и встречного иска в частности связано с рядом обстоятельств, одни из которых свидетельствуют о возникновении и наличии этого права, а другие определяют порядок его осуществления. Поскольку встречный иск является обычным иском, все предпосылки права на обращение в суд и условия реализации этого права распространяются также и на него. Вместе с тем кроме этих общих условий должны быть соблюдены и другие, относящиеся к предъявлению встречного иска, обуславливаемые исключительно особенностями последнего.

Из буквального содержания упомянутых ранее международных актов следует, что условием для совместного рассмотрения первоначального требования международной организации и встречного к ней иска служит их непосредственная взаимосвязь. В противном случае деятельность суда будет направлена на рассмотрение в одном процессе совершенно изолированных друг от друга исковых требований, что не отвечает ни интересам сторон, ни интересам правосудия. К тому же принятие к производству суда в уже возникшем процессе самостоятельного встречного требования ответчика к международной организации-истцу, не связанного с первоначальным иском, поставило бы под сомнение действие принципа иммунитета организации в отсутствие для этого разумной цели.

Итак, если встречный иск не связан непосредственно с первоначальным, то международная организация-истец не может рассматриваться согласившейся на отказ от судебного иммунитета в данном деле. При всем этом необходимо заметить, что из содержания международных соглашений весьма трудно определить, что следует понимать под взаимной связью между встречным и первоначальными исками.

Кстати, применительно к случаю предъявления встречного иска к иностранному государству в некоторых международных документах поясняется, в чем именно выражается взаимосвязь обоих исков. Так, из ч. 1 ст. 9 Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности следует, что связь встречного иска с перво-

<sup>34</sup> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 07.04.2017 по делу № А40-37876/16 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>35</sup> См.: *Седова Ж.И., Зайцева Н.В.* Принцип эстопель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М., 2014. С. 64.

начальным проявляется в том, что оба требования вытекают из одного правоотношения либо основываются на одних и тех же фактах.

Нельзя не отметить, что из буквального содержания п. 3 ст. 6 Закона о юрисдикционных иммунитетах следует, что иностранное государство не обладает иммунитетом по отношению к любому встречному иску. Едва ли такой расширительный подход может быть поддержан. В этом отношении более удачной, на наш взгляд, является редакция п. 1 ст. 479 Гражданского процессуального кодекса Казахстана от 31.10.2015, согласно которой иностранное государство, предъявившее иск в суд, признается согласившимся на отказ от судебного иммунитета в отношении любого встречного иска, основанного на тех же правоотношениях или фактах, что и первоначальный иск этого государства.

В теории гражданского процесса России принято считать, что взаимосвязь между первоначальным и встречным исками бывает различного характера и может относиться как к предмету, так и к основанию обоих исков<sup>36</sup>. Что касается предметов первоначального и встречного исков, то они, как указывается в литературе, могут быть одинаковыми и могут быть различными<sup>37</sup>. По мнению И.М. Пятилетова, связь между встречным и первоначальным исками определяется возможностью требования, заявленного в качестве встречного, служить средством защиты против первоначального<sup>38</sup>. Далее автор отмечал, что взаимная связь между встречным и первоначальным исками выступает тогда, когда требования ответчика и истца вытекают из одного и того же правоотношения, в обоснование того и другого требования приводятся одни и те же факты<sup>39</sup>.

Взаимная связь между обоими исками наличествует как в случае, когда встречное требование направлено к зачету первоначального, так и в случае, когда удовлетворение одного исключает удовлетворение второго.

Существующие в теории права подходы к определению взаимосвязи первоначального и встречного исков нашли свое отражение в действующем российском законодательстве. Так, в ст. 138 ГПК РФ установлено, что судья принимает встречный иск в случае, если: во-первых, встречное требование направлено к зачету первоначального требования; во-вторых, удовлетворение встречного иска исключает полностью или в части удовлетворение первоначального иска; в-третьих, между встречным и первоначальными исками имеется взаимная связь и совместное их рассмотрение приведет к более быстрому и правильному рассмотрению споров. Для принятия встречного иска достаточно любого из перечисленных условий. Сходная норма предусмотрена ч. 3 ст. 132 АПК РФ. По сути, законодатель не ограничивает суд в усмотрении иных связей между встречным и первоначальными исками для решения вопроса об их совместном рассмотрении. В то же время усмотрение суда, по нашему мнению, должно основываться, в первую очередь, на принципе доступности и эффективности средств судебной защиты. Общий принцип при применении названных специальных условий должен заключаться в предоставлении возможности защиты ответчика против первоначального иска.

Согласно ст. 5 ГПК РФ правосудие по гражданским делам осуществляется судами по правилам, установленным законодательством о гражданском судопроизводстве. В ч. 3 ст. 398 ГПК РФ закреплено, что производство по делам с участием иностранных лиц, в

<sup>36</sup> См.: Арапов Н.Т. Указ. соч. С. 11.

<sup>37</sup> Там же. С. 13.

<sup>38</sup> См.: Пятилетов И. Особенности встречного иска в гражданском судопроизводстве // Советская юстиция. 1979. № 24. С. 22.

<sup>39</sup> Там же.

том числе международных организаций осуществляется в соответствии с данным Кодексом и иными федеральными законами. Схожие положения содержатся в ч. 2 ст. 3, ч. 1 ст. 253 АПК РФ. Поскольку в данном случае речь идет, по существу, о квалификации понятия «взаимосвязанные иски», то при отсутствии толкования этого термина в международном договоре он может быть определен с учетом норм внутреннего процессуального законодательства, т.е. исходя из национального права государства, на территории которого осуществляется судебное разбирательство. Иное решение этого вопроса вряд ли возможно.

Для более наглядного примера остановимся на следующем деле. Евразийский банк развития (далее — Банк)<sup>40</sup> обратился в Арбитражный суд Республики Саха (Якутия) с иском к российской компании «Якутуголь» о взыскании задолженности по кредитному договору и неустойки, а также об обращении взыскания на заложенное имущество. В ходе рассмотрения дела компания предъявила встречный иск об изменении условий кредитного договора в части срока возврата полученного кредита и уплаты процентов. Удовлетворение встречного требования, по мнению компании, исключает удовлетворение первоначального иска, поскольку срок уплаты предъявленных к взысканию платежей не будет считаться наступившим. Определением суда первой инстанции, оставленным без изменения апелляционным судом, встречный иск возвращен заявителю. Суды исходили из отсутствия предусмотренных ст. 132 АПК РФ условий для принятия встречного иска к производству. Кассационный суд согласился с этим по следующим основаниям. По п. 3 ст. 453 Гражданского кодекса РФ при изменении или расторжении договора в судебном порядке обязательства сторон считаются измененными или прекращенными с момента вступления в законную силу решения суда об изменении или о расторжении договора. Соответственно изменение договора означает изменение обязательств на будущее время и не может повлиять на отношения сторон, возникшие ранее вступления решения суда в законную силу, в частности, в рассматриваемом случае — на отношения, связанные с внесением платежей, срок уплаты которых уже наступил. Таким образом, предъявленный встречный иск, по мнению кассационного суда, не может исключать удовлетворения первоначального. Кроме того, совместное рассмотрение первоначального и встречного исков не приведет к более быстрому и правильному рассмотрению настоящего дела<sup>41</sup>.

Данная позиция не вполне обоснована, поскольку она не учитывает ряд обстоятельств. Во-первых, принятие судом к производству встречного иска априорно не может ускорить рассмотрение дела. Очевидно, что совместное рассмотрение первоначального и встречного исков окажется более длительным, чем разбирательство одного лишь основного требования. Предъявлением встречного иска процесс, как отмечается в литературе, всегда несколько усложняется, увеличивается круг фактов, которые должны быть судом установлены и которые входят в предмет доказывания<sup>42</sup>.

По мнению некоторых авторов, «предположения судьи о возможностях более быстрого и правильного рассмотрения дела всегда условны и субъективны»<sup>43</sup>. Д.А. Фур-

<sup>40</sup> По п. 1 ст. 3 Устава, Банк является международной организацией — субъектом международного права, обладает международной правоспособностью. См.: Приложение к Соглашению об учреждении Евразийского банка развития от 12.01.2006 // СЗ РФ. 16.10.2006. № 42. Ст. 4286.

<sup>41</sup> См.: Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 14.01.2015 по делу № А58-5250/2014 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>42</sup> См.: Арапов Н.Т. Указ. соч. С. 21.

<sup>43</sup> См.: Приходько И., Пацация М. Встречный иск в арбитражном процессе // Хозяйство и право. 2000. № 8. С. 22.

сов отмечает, что «часто суд использует любые поводы к тому, чтобы встречный иск не принимать к производству и рассмотрению одновременно с первоначальным... В большинстве случаев мотивы выносимого судебного акта бывают надуманными. На этом основании судей упрекают в непрофессионализме, поскольку в данных условиях имеет место явная или скрытая форма отказа в правосудии»<sup>44</sup>.

Равным образом принятие встречного иска никак не может и не должно повлиять на неукоснительное соблюдение судом норм права при разрешении спора. Вероятно, что основная проблема здесь кроется в откровенно неудачной формулировке самой нормы п. 3 ч. 3 ст. 132 АПК РФ, указывающей на «более быстрое и правильное рассмотрение дела» в качестве условия для принятия встречного иска.

Во-вторых, встречный иск является как средством защиты ответчика против иска, так и средством осуществления ответчиком самостоятельных требований к истцу. Под ними понимаются такие требования, рассмотрение которых не влияет на разрешение требований первоначального истца<sup>45</sup>. Например, это встречное требование о разделе совместного имущества по иску о расторжении брака, которое вытекает из того же семейного правоотношения сторон, что и первоначальный иск, т.е. между обоими исками имеется непосредственная связь. Между встречным требованием о взыскании денежных сумм, затраченных на ремонт дома, и первоначальным иском о выселении такой тесной связи, как в первом случае, не прослеживается, но общность правоотношений, из которых возникают оба требования, позволяет рассмотреть их в одном производстве.

Таким образом, вопрос о принятии встречного иска, не преследующего своей целью защиту против первоначального иска, следует решать в зависимости от наличия в том числе общности предмета или основания у обоих исков.

Взаимосвязь обоих требований в приведенном деле очевидна, они вытекают из одного правоотношения, возникшего в силу заключенного сторонами кредитного договора. Встречный иск компании, несмотря на то, что он не подрывал основание первоначального требования, направлен на осуществление самостоятельных требований к Банку. И если суды сочли возможным отказать компании в принятии встречного иска, непосредственно связанного с первоначальным, то необходимо было, на наш взгляд, привести более веские для этого основания и указать, как принятие встречного требования повлияло бы на быстрое и правильное рассмотрение спора.

Интересно в рамках рассматриваемого вопроса другое дело между теми же сторонами. Банк обратился в Арбитражный суд Республики Саха (Якутия) с иском к компании «Якутуголь» о взыскании задолженности по другому кредитному договору и обращении взыскания на заложенное имущество. В свою очередь компания предъявила встречный иск о признании сделки зачета недействительной. Суд, изучив материалы встречного заявления, оставил его без движения ввиду следующего.

Во-первых, по условиям кредитного договора возникающие из него споры подлежат разрешению арбитражными судами РФ в соответствии с положениями российского законодательства. При этом иски против Банка могут быть возбуждены только при условии получения его отказа от иммунитета (привилегии), совершенного в той степени и на таких условиях, которые, по мнению Банка, отвечают его интересам. Такой отказ должен быть совершен в порядке, предусмотренном Соглашением об учреждении Бан-

<sup>44</sup> См.: *Фурсов Д.А.* Предмет, система и основные принципы арбитражного процессуального права (проблемы теории и практики). М., 1999. С. 309–310.

<sup>45</sup> См.: *Аранов Н.Т.* Указ. соч. С. 15–16.

ка от 12.01.2006. Согласно этому Соглашению и Уставу Банка, он является международной организацией, обладает международной правоспособностью. В соответствии с п. 1 ст. 31 Устава Банк обладает иммунитетом от любого судебного преследования за исключением случаев, не являющихся следствием осуществления его полномочий или не связанных с осуществлением этих полномочий. Иски против Банка могут быть возбуждены только в компетентных судах на территории государства, в котором Банк расположен, либо имеет филиал, дочерний банк или представительство, либо назначил агента с целью принятия судебной повестки или извещения о процессе, либо выпустил ценные бумаги или гарантировал их. Сходные положения предусмотрены в Соглашении между Правительством России и Банком об условиях его пребывания на территории России от 07.10.2008<sup>46</sup>. В частности, в п. 1 ст. 3 данного Соглашения установлено: Банк, его филиалы и представительства обладают иммунитетом от любой формы судебного вмешательства, за исключением случаев, предусмотренных п. 1 ст. 31 Устава Банка, и случаев, когда он сам определенно отказывается от иммунитета.

Во-вторых, согласно ст. 251 АПК РФ судебный иммунитет международных организаций определяется международным договором Российской Федерации, федеральным законом. В п. 8 постановления Пленума ВАС от 11.06.1999 № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса» разъяснено: суд принимает иск по коммерческому спору, ответчиком в котором является межгосударственная организация, имеющая иммунитеты согласно международному договору, только при наличии явно выраженного согласия ответчика на рассмотрение спора в российском арбитражном суде. Подобное согласие следует рассматривать в качестве отказа от судебного иммунитета международной организации. Согласие на рассмотрение спора в арбитражном суде России должно быть подписано лицами, уполномоченными внутренними правилами международной организации на отказ от судебного иммунитета.

На основании изложенного суд, руководствуясь ст. 128 АПК РФ, предложил компании предъявить к определенному сроку доказательства отказа Банка от судебного иммунитета<sup>47</sup>. Поскольку компания к обозначенному сроку не предъявила таких доказательств, суд на основании п. 1 и 4 ч. 1 ст. 129 АПК РФ возвратил встречный иск<sup>48</sup>.

Полагаем, что данная позиция суда является необоснованной, поскольку само по себе обращение Банка в российский суд для разрешения конкретного спора лишает его иммунитета от судебной юрисдикции в рамках возбужденного дела. К тому же условие заключенного сторонами кредитного договора о том, что вытекающие из него споры рассматриваются судами России в соответствии с российским законодательством, автоматически, по нашему мнению, снимает вопрос о судебном иммунитете Банка в отношении таких споров. Если международная организация заключила соглашение о разрешении с ее участием гражданско-правовых споров в суде того или иного государства, то она должна признаваться отказавшейся от судебного иммунитета. Это касается также соглашений международной организации с физическими и юридическими лицами

---

<sup>46</sup> СЗ РФ. 12.04.2010. № 15. Ст. 1760.

<sup>47</sup> См.: определение Арбитражного суда Республики Саха (Якутия) от 26.06.2015 по делу № А58-2716/2015 [Электронный ресурс]: // URL: [http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/06b441c8-6e67-49db-855a-04b2e720d0b1/A58-2716-2015\\_20150626\\_Opredelenie.pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/06b441c8-6e67-49db-855a-04b2e720d0b1/A58-2716-2015_20150626_Opredelenie.pdf) (дата обращения: 01.09.2017)

<sup>48</sup> См.: определение Арбитражного суда Республики Саха (Якутия) от 15.07.2015 по делу № А58-2716/2015 [Электронный ресурс]: // URL: [http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/b5a87dab-02aa-4e55-99f2-dbd471774e0c/A58-2716-2015\\_20150715\\_Opredelenie.pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/b5a87dab-02aa-4e55-99f2-dbd471774e0c/A58-2716-2015_20150715_Opredelenie.pdf) (дата обращения: 01.09.2017)

о третейском разбирательстве гражданских дел. В этом случае организация молчаливо соглашается с контрольной функцией государственных судов, которая реализуется посредством, например, рассмотрения вопроса об отмене решения третейского суда. Это, конечно, не затрагивает иммунитета международной организации в отношении мер принудительного исполнения (исполнительных действий).

Апелляционный суд, рассмотрев жалобу компании, оставил определение о возвращении встречного иска без изменения, приведя при этом иные основания для принятия такого судебного акта. Хотя апелляционный суд не сказал об этом прямо в своем постановлении, по сути, он счел выводы суда первой инстанции неверными. Об этом можно судить исходя из ссылки апелляционного суда на информационное письмо Президиума ВАС РФ от 18.01.2001 № 58 «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов», опровергающее выводы суда первой инстанции. В п. 6 данного письма разъяснено: факт обращения лица, наделенного международными иммунитетами, в арбитражный суд в связи со спором по коммерческому контракту свидетельствует об отказе от судебного иммунитета по этому контракту. После заявления исковых требований в суд такое лицо утрачивает право ссылаться на иммунитет от российского судопроизводства в данном споре.

В качестве аргумента для возвращения встречного иска апелляционный суд указал на отсутствие предусмотренных ч. 3 ст. 129 АПК РФ условий для его принятия. Суть встречного требования компании заключалась в оспаривании зачета, совершенного Банком в связи с обеспечением обязательств компанией «Мечел Карбон» (Сингапур), по мотиву неверного применения курса валют при совершении этой сделки. Компания полагала, что в случае удовлетворения встречного иска сумма ее денежных обязательств перед Банком подлежала уменьшению. Однако заявленные иски, по мнению апелляционного суда, имеют неодинаковый предмет доказывания, в их обоснование предъявлены разные доказательства, поэтому самостоятельное рассмотрение этих требований в отдельных производствах более целесообразно. К тому же рассмотрение встречного иска потребует участия в деле в качестве третьего лица иностранной организации — компании «Мечел Карбон», что не приведет к более быстрому и рациональному рассмотрению спора. Кроме того, несогласие с суммой требуемого долга может быть заявлено в качестве возражений по основному иску. Наконец, апелляционный суд отметил, что компания не лишена возможности обратиться в суд с самостоятельным иском при наличии к этому правовых оснований<sup>49</sup>.

Первое, на что следует обратить внимание при оценке указанных выводов апелляционного суда, — это то, что предъявление самостоятельных требований ответчиком к истцу в ряде случаев возможно лишь в форме встречного иска, но не возражений на него. Предъявление требования в форме возражения не может, как отмечала Н.И. Клейн, привести к взысканию чего-либо в пользу ответчика или понуждению истца к совершению действий<sup>50</sup>. К примеру, взыскание с истца в пользу ответчика денежной суммы большего требования, не погашенного зачетом, возможно только при заявлении требования в форме встречного иска.

В литературе отмечается: если речь идет об оспоримой сделке, иск о признании недействительным соответствующего договора должен быть предъявлен как встречный.

<sup>49</sup> См.: постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 26.08.2015 по делу № А58-2716/2014 [Электронный ресурс]: // URL: [http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/020e4dc3-c868-41d9-8077-dbd70537bab8/A58-2716-2015\\_20150826\\_Reshenija\\_i\\_postanovlenija.pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/020e4dc3-c868-41d9-8077-dbd70537bab8/A58-2716-2015_20150826_Reshenija_i_postanovlenija.pdf) (дата обращения: 01.09.2017)

<sup>50</sup> См.: Клейн Н.И. Указ. соч. С. 22.

Это связано с тем, что применительно к оспоримой сделке ответчик по первоначальному иску может противопоставить материально-правовому требованию истца свои возражения, основанные на недействительности договора, лишь сформулировав их как встречный иск (в противном случае соответствующие доводы ответчика по существу не должны оцениваться и истцу нет необходимости их опровергать)<sup>51</sup>. Далее указывается, что без предъявления встречного иска о признании недействительности оспоримой сделки, на которой основан первоначальный иск, суд не должен принимать и оценивать представляемые ответчиком доказательства, подтверждающие недействительность оспоримой сделки<sup>52</sup>.

В связи с этим вряд ли компания могла отстаивать свои права только посредством подачи возражений на исковые требования Банка.

Связь первоначального и встречного исков в данном случае проявляется в том, что удовлетворение встречного иска предположительно исключает удовлетворение в части первоначального. Кроме того, в основании каждого из исков присутствуют общие юридические факты, что дает возможность говорить об их взаимосвязи.

Во-вторых, суд, отказывая в принятии встречного иска, действительно по общему правилу не создает препятствий в доступе к правосудию, не ущемляет прав ответчика, поскольку он может получить защиту своих прав в рамках другого самостоятельного разбирательства. Однако, с другой стороны очевидно, что в случае разрешения конфликта с участием международной организации реализовать право на судебную защиту контрагенту этой организации в рамках самостоятельного процесса будет труднее, ибо нужно приложить немало усилий, чтобы обосновать отсутствие у ответчика права на иммунитет от юрисдикции суда. К примеру, Арбитражный суд Москвы прекратил производство по делу по иску конкурсного управляющего российской компанией о взыскании денежной суммы с Международного инвестиционного банка, являющегося международной организацией, только на том основании, что ответчик не отказался от судебного иммунитета<sup>53</sup>.

В случае с подачей встречного иска к международной организации-истцу указанная проблема решается сама собой, и главное здесь — обосновать непосредственную связь первоначального и встречного исков. Поэтому цель предъявления встречного иска в большей мере может заключаться в том, чтобы преодолеть с наименьшими усилиями судебный иммунитет международной организации. Дополнительно к этому ответчик имеет возможность предъявить требование к международной организации-истцу в суде по месту своего нахождения, т.е. в том суде, в котором организация предъявила первоначальный иск. В одном из случаев суды справедливо в обоснование целесообразности совместного рассмотрения встречного и первоначального исков указали, что это позволит избежать второго судебного процесса<sup>54</sup>.

Соответственно рассмотрение судом встречного иска к международной организации-истцу в рамках уже начавшегося процесса в большей мере обеспечивает удобную и своевременную защиту прав ответчика как равноправной стороны, нежели рассмотре-

<sup>51</sup> См.: Приходько И., Пацация М. Указ. соч. С. 18.

<sup>52</sup> Там же. С. 23.

<sup>53</sup> См.: определение Арбитражного суда Москвы 07.11.2014 по делу № А40-125137/2014 [Электронный ресурс]: // URL: [http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/c39e953b-bf72-479b-9d68-baabea70fdf2/A40-125137-2014\\_20141107\\_Opredelenie.pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/c39e953b-bf72-479b-9d68-baabea70fdf2/A40-125137-2014_20141107_Opredelenie.pdf) (дата обращения: 01.09.2017)

<sup>54</sup> См.: п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.12.1998 № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» // СПС «Гарант».

ние его требования к организации в рамках другого самостоятельного дела. В данном случае встречный иск выступает своего рода средством защиты от судебного иммунитета международной организации. Достаточным основанием для принятия встречного иска, заявленного к международной организации, должна являться непосредственная связь встречного требования с первоначальным. Характер этой связи может заключаться не только в возможности прекращения требования международной организации путем зачета требований ответчика, но и в иных случаях, когда эта связь позволяет обеспечить защиту обеих сторон конфликта, разрешить весь комплекс спорных взаимоотношений и исключить вынесение двух противоречащих друг другу судебных решений. При наличии взаимной связи встречный иск к международной организации должен быть рассмотрен совместно с первоначальным требованием без всяких иных дополнительных условий, вне зависимости от соображений процессуальной экономии.

Еще раз отметим, что международная организация должна быть признана отказавшейся от судебного иммунитета в отношении встречного иска, непосредственно связанного с первоначальным, если эта организация предъявила иск в российский суд. Международная организация также должна считаться отказавшейся от судебного иммунитета в отношении первоначального иска, если данная организация предъявила встречный иск в российский суд.



### Библиография

Арапов Н.Т. Встречный иск в советском гражданском процессуальном праве: автореф. дис. ... к. ю. н. Томск, 1965. 25 с.

Богуславский М.М. Иммунитет государства. М.: Изд-во ИМО, 1962. 232 с.

Гетьман-Павлова И.В., Касаткина А.С., Филатова М.А. Международный гражданский процесс : учебник для бакалавриата и магистратуры / под общ. ред. И.В. Гетьман-Павловой. М.: Юрайт, 2017. 271 с.

Гойхбарг А. Встречные иски к государству-истцу // Внешняя торговля. 1934. № 12. С. 18–19.

Клейн Н.И. Встречный иск в суде и арбитраже. М.: Госюриздат, 1964. 131 с.

Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова. М.: Городец, 2003. 848 с.

Ластовская О.А. Международная межправительственная организация как субъект международного частного права. Гродно: Изд-во ГрГУ, 2013. 203 с.

Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. 2-е изд. М.: Госюриздат, 1959. 227 с.

Приходько И., Пацация М. Встречный иск в арбитражном процессе // Хозяйство и право. 2000. № 8. С. 16–26.

Пятилетов И. Особенности встречного иска в гражданском судопроизводстве // Советская юстиция. 1979. № 24. С. 21–23.

Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М.: Статут, 2014. 158 с.

Фурсов Д.А. Предмет, система и основные принципы арбитражного процессуального права (проблемы теории и практики). М.: Норма, 1999. 452 с.

Фурсов Д.А. Проблемы встречного иска в арбитражном процессе // Юридический мир. 1998. № 9–10. С. 79–80.

Хлестова И.О. Юрисдикционный иммунитет государства. М.: Юриспруденция, 2007. 214 с.

Ярков В.В. Компетенция арбитражных судов в Российской Федерации по рассмотрению дел с участием иностранных лиц // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. № 3. С. 2–15.

## Submission of a Counterclaim to an International Intergovernmental Body in Civil Cases



**Andrey I. Shchukin**

Leading Researcher, Department for International Private Law, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cherymushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: pil@izak.ru



### Abstract

One of the important guarantees of the defendant's rights in civil proceedings is the institution of counterclaim. The right to submit a counterclaim is the subjective right of a person who is brought to trial by the court in accordance with the initial lawsuit. Despite the seemingly rather detailed regulation of the institution of counterclaim, in practice some issues remain unsolved. The article sets out the question whether the defendant can use this means of protection of its rights in the case of participation of the international intergovernmental organization as a plaintiff. This issue is very important, in particular from the point of view of choosing the tactics of defense in the judicial process. Based on the analysis of international agreements, including those with the participation of Russia, the author comes to the conclusion that an international organization must be recognized as renounced judicial immunity with respect to a counterclaim, directly related to the initial one, if this organization has sued to the Russian court. If there is a mutual connection, a counterclaim to an international organization must be considered together with the original claim, without any additional conditions, regardless of considerations of procedural economy. Consideration by a court of a counterclaim to an international plaintiff organization within the framework of process that has already begun to a greater extent provides for convenient and timely protection of the defendant's rights as an equal party, rather than consideration of his claim to the other participant in another independent case. In this case, a counterclaim is a kind of protection against the judicial immunity of an international organization. In the author's opinion, the international organization should also be considered as renounced judicial immunity in respect of the original claim, if the organization filed a counterclaim in the Russian court. In these cases, the renouncement of the right to judicial immunity is characterized by the conclusive procedural actions of the international organization and is expressed in the choice of a certain line of conduct, excluding other legal protection mechanisms in order to avoid the abuse of the right.



### Keywords

jurisdiction of Russian courts, judicial immunity, international intergovernmental organization, claim, counterclaim, international civil process.

Citation: Shchukin A.I. (2017) Submission of Counterclaim to an International Intergovernmental Body in Civil Cases. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 111–127 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.111.127



### References

Arapov N.T. (1965) *Vstrechnyi isk v sovetskom grazhdanskom protsessual'nom prave* [A counterclaim in the Soviet civil procedural law]. Candidate of Juridical Sciences Diss. Tomsk, 25 p. (In Russian)

Boguslavskiy M.M. (1962) *Immunitet gosudarstva* [Immunity of the state]. Moscow: IMO Press, 232 p. (In Russian)

Fursov D.A. (1999) *Predmet, sistema i osnovnye printsipy arbitrazhnogo protsessual'nogo prava (problemy teorii i praktiki)*. *Monografiya* [The subject, system and basic principles of arbitration procedural law (problems of theory and practice). Monograph]. Moscow: Infra-M, 452 p. (In Russian)

- Fursov D.A. (1998) Problemy vstrechnogo iska v arbitrazhnom protsesse [Problems of the counterclaim in the arbitration process]. *Yuridicheskii mir*, no 9–10, pp. 79–80.
- Get'man-Pavlova I.V. (ed.) (2017) *Mezhdunarodniy grazhdanskiy protsess: uchebnik dlya bakalavriata i magistratury*. [International civil procedure: a textbook for undergraduate and graduate programs]. Moscow: Yurayt, 271 p. (in Russian)
- Goikhbarg A. (1934) Vstrechnye iski k gosudarstvu-isttsu [Counterclaims to the state-claimant]. *Vneshniaya torgovlya*, no. 12, pp. 18–19.
- Khlestova I.O. (2007) *Yurisdiksiionniy immunitet gosudarstva* [Jurisdictional immunity of the state]. Moscow: Yurisprudence, 214 p. (in Russian)
- Klein N.I. (1964) *Vstrechniy isk v sude i arbitrazhe* [Counterclaim in court and arbitration]. Moscow: Juridical literature, 131 p. (in Russian)
- Lastovskaya O.A. (2013) *Mezhdunarodnaia mezhpriatel'stvennaia organizatsiia kak sub"ekt mezhdunarodnogo chastnogo prava* [International intergovernmental organization as a subject of private international law]. Grodno: University, 203 p. (in Russian)
- Pereterskiy I.S., Krylov S.B. (1959) *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo* [Private international law]. Moscow: Gosyurizdat, 227 p. (in Russian)
- Prikhod'ko I., Patsatsiia M. (2000) Vstrechniy isk v arbitrazhnom protsesse [Counterclaim in the arbitration process]. *Khoziaistvo i pravo*, no 8, pp. 16–26.
- Pyatiletov I. (1979) Osobennosti vstrechnogo iska v grazhdanskom sudoproizvodstve [Features of a counterclaim in civil proceedings]. *Sovetskaia justitsiya*, no. 24, pp. 21–23.
- Sedova Zh.I., Zaitseva N.V. (2014) *Printsip estoppel' i otkaz ot prava v kommercheskom oborote Rossiiskoi Federatsii* [The principle of estoppel and the denial of the right in the commercial turnover of the Russian Federation]. Moscow: Statut, 158 p. (in Russian)
- Yakovlev V.F., Yukov M.K. (ed.) (2003) *Kommentarii k Arbitrazhnomu protsessual'nomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii* [Commentary to the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation]. Moscow: Gorodets-izdat, 848 p. (in Russian)
- Yarkov V.V. (2003) Kompetentsiya arbitrazhnykh sudov v Rossiiskoi Federatsii po rassmotreniyu del s uchastiem inostrannykh lits [Competence of arbitration courts in the Russian Federation to review cases involving foreign persons]. *Arbitrazhniy grazhdanskiy protsess*, no. 3, pp. 2–15.

# Перспективы вещного права: публичная собственность и единое право собственности

---



**Д.В. Пятков**

доцент кафедры гражданского права юридического факультета Алтайского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 656049, Российская Федерация, Барнаул, Социалистический просп., 68. E-mail: pitkov@yandex.ru

---



## **Аннотация**

В отечественной науке обретает популярность понятие публичной собственности. Предлагается развить в нормативных актах идею многообразия форм собственности и признать публичную форму собственности как отношений особого рода, нуждающихся в специальном правовом регулировании. Однако многие специалисты стоят на противоположных позициях и утверждают идеал единого права собственности с единым для всех собственников содержанием. Такие взгляды широко распространены среди цивилистов. Ими предпринимаются усилия к совершенствованию гражданского законодательства в направлении, исключающем не только категорию публичной собственности, но и в целом разделение собственности на какие-либо формы. Сохранение такого противостояния — явление ненормальное, оно свидетельствует об отсутствии надежной теоретической основы кодификации не только вещного права, но и всего российского законодательства. Выбор не должен носить сугубо отраслевого характера, необходимо найти общее решение для российского права. Поскольку разделение собственности на формы закреплено в законодательстве, на протяжении многих десятилетий получало научное обоснование и сегодня многими воспринимается как что-то само собой разумеющееся, основное внимание в статье уделено альтернативным взглядам. В статье предпринята попытка оценить последовательность сторонников единого права собственности в отстаивании их идей, своевременность и практическую ценность их предложений. Автор использует исторический, сравнительно-правовой методы исследования: деление собственности на формы в свое время затронуло многие институты отечественного права, потому и отказ от такого деления должен сочетаться с отказом от других, ставших привычными, понятий, конструкций, решений. Методологическую основу исследования составил системный анализ: идея единого права собственности была критически оценена с точки зрения ее соответствия другой основополагающей категории гражданского права — правосубъектности. Сделан вывод, что слабым местом позиции сторонников единого права собственности является несоответствие между их взглядами на собственность и правосубъектность, их снисходительное отношение к трехчленной классификации субъектов в гражданском праве. Единое право собственности поможет поднять кодификацию законодательства о собственности на качественно новый уровень. Но прежде в нашем праве должна утвердиться идея единой правосубъектности. Первым шагом в этом направлении будет возвращение публично-правовых образований в систему юридических лиц.

---



## **Ключевые слова**

собственность, форма собственности, частная собственность, публичная собственность, единое право собственности, публично-правовые образования.

---

Библиографическое описание: Пятков Д.В. Перспективы вещного права: публичная собственность и единое право собственности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 128–143.

JEL: K11; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.128.143

1. В современном российском праве обретают популярность термин «публичная собственность» и производные словосочетания: «публичная форма собственности», «право публичной собственности», «институт (субинститут) публичной собственности». В законодательстве и на практике этот термин редко находит применение<sup>1</sup>, но активно используется в научных исследованиях<sup>2</sup> для обозначения, как правило, собственности Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований. Можно только удивляться терпению законодателя, который готов всякий раз писать «государственная и муниципальная собственность» вместо того, чтобы сократить это словосочетание до слов «публичная собственность». Тем более что у него есть опыт юридико-технической экономии в сопредельной сфере: в законодательство давно проникло словосочетание «публично-правовые образования» заменив громоздкий перечень «Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования». Теперь уже и Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — ГК РФ) покорился этому нововведению. Не пора ли обновить соответствующим образом терминологию вещного права?

Термину «публичная собственность» соответствует понятие, обладающее такой же относительной новизной как и термин, его обозначающий. Исследователи в области конституционной экономики отмечают, что в категории «публичная собственность» отражается единство социально-правовых признаков государственной и муниципальной собственности, что превращает перечисление этих форм собственности в утверждение об их принадлежности к особому роду явлений<sup>3</sup>. Сходство государственной и муниципальной форм собственности они видят в общей целевой направленности, однородности субъектов и объектов, общем правовом режиме регулирования. В научной литературе можно найти указания на следующие родовые свойства всякой публичной собственности: удовлетворение общих интересов населения (основная цель) и активное использование собственником публичной власти (отличительное средство его деятельности)<sup>4</sup>. Понятие публичной собственности означает не только совокупность государственной и муниципальной форм собственности, а суждение об их принципиальном сходстве и противопоставление их другим формам собственности, не обладающим такими же характеристиками. Оно тем самым способно задавать направление структурным изменениям в отечественном праве, понуждать к этим изменени-

<sup>1</sup> Примечательно, что в состав справочной информации, которую можно получить об объектах недвижимости на сайте Росреестра, включаются сведения о форме собственности, которая может именоваться «публичная». На том же сайте публичная кадастровая карта также предлагает сведения о форме собственности на недвижимость, но в этом случае используется термин «собственность публично-правовых образований».

<sup>2</sup> См., напр.: Голубцов В.Г. Институт публичной собственности в современном гражданском праве // Вестник Пермского университета. 2010. № 2. С. 106–111; Винницкий А.В. Публичная собственность. М., 2013; Мазаев В.Д. Публичная собственность в России: конституционные основы. М., 2004.

<sup>3</sup> См., напр.: Конституционная экономика / отв. ред. Г.А. Гаджиев. М., 2010. С. 88.

<sup>4</sup> Существование государственной собственности как особой модификации собственности, отличной от частной собственности, С.С. Алексеев, например, объяснял так: она «причудливо соединяет определенные качества собственности вообще... с государственной властью, ее возможностью императивного властвования под эгидой собственности» (Алексеев С.С. Право собственности. Проблемы теории. М., 2008. С. 50, 51). Важно здесь отметить, что С.С. Алексеев не только признавал две «основные разновидности собственности» — частную собственность и государственную — но даже считал государственную собственность настолько специфичной, что «собственностью в полном объеме своих качеств» называл только частную собственность. С другой стороны, С.С. Алексеев выражал сомнения относительно сходства государственной и муниципальной собственности. Не случайно, видимо, он обошелся в указанной книге без термина «публичная собственность».

ям, поскольку род отношений публичной собственности может оказаться достаточно обширным и влиятельным для формирования в разных отраслях права соответствующих институтов (субинститутов). Разумеется, возникнет потребность в корректировке структуры нормативных правовых актов, посредством включения в них специальных параграфов, глав, разделов. В публичном праве все это очевидно и происходит уже сейчас. Нуждается ли цивилистика в этом понятии?

Отчего возникают сомнения? В науке ведутся исследования публичной собственности, призванные выявить ее специфику и дать рекомендации законодателю. Формы собственности названы в Конституции Российской Федерации (далее — Конституция РФ) и ГК РФ. Много говорит в пользу однородности таких явлений, как государственная и муниципальная собственность. В законодательстве, в том числе гражданском, без труда можно найти нормы, создающие особый правовой режим для государственного и муниципального имущества, отличный от режима собственности физических и юридических лиц. Как будто есть все предпосылки для обновления понятийного аппарата юриспруденции и внедрения в законодательство категории «публичная собственность». Проблема в том, что именно в гражданском праве идея разделения собственности на виды, типы или формы принимается далеко не всеми специалистами. У некоторых юристов вызывает протест или большое беспокойство сама по себе идея типизации прав собственности, сохранение в правовых нормах такого понятия, как «форма собственности»<sup>5</sup>. Их серьезную озабоченность вызывает даже не распределение мест в перечне форм собственности, а то, что такой перечень существует и консервирует в нашем праве идею чьих-то привилегий и чьей-то «второсортности». Как говорить о перспективах понятия публичной собственности, если ставится под сомнение целесообразность существования категории «частная собственность»?<sup>6</sup>

Таким образом, делению собственности на формы противопоставляется идея единого права собственности. Резкой критике понятие «форма собственности» подвергает Е.А. Суханов, называя его странным, лишенным всякого юридического содержания<sup>7</sup>. По его мнению, право собственности должно иметь одинаковое содержание независимо от субъектного состава. Утверждая идеал единого права собственности, Е.А. Суханов все же пишет о возможных различиях в правовом режиме объектов права собственности, об особенностях оснований возникновения и прекращения права собственности, используемых для строго определенных субъектов<sup>8</sup>. По-видимому, Е.А. Суханов считает, что на содержании права собственности никак не отражаются ни специфика правового режима объектов, ни специфика оснований возникновения и прекращения права собственности: если публично-правовое образование не имеет права продать какой-либо объект, ограниченный в обороте, содержание его права собственности на такой объект идентично содержанию права собственности гражданина на какую-либо вещь, которой он может свободно распоряжаться. Однако Российская Федерация не может распорядиться своим имуществом посредством передачи кооперативу в качестве паевого взноса

<sup>5</sup> См., напр.: Суханов Е.А. Правовая форма экономических отношений / Гражданское право России — частное право. М., 2008. С. 21–22; Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 2010. С. 216–224.

<sup>6</sup> См.: Щенникова Л.В. Вещные права в гражданском праве России. М., 1996. С. 24.

<sup>7</sup> Суханов Е.А. Проблемы права собственности в рыночной экономике / Гражданское право России — частное право. С. 180–181.

<sup>8</sup> Суханов Е.А. Гражданское право и отношения собственности (о некоторых дискуссионных проблемах) / Там же. С. 278.

или хозяйственному товариществу в качестве вклада в складочный капитал, — неужели содержание ее права собственности одинаково в сравнении с правом собственности гражданина, который способен распоряжаться своим имуществом перечисленными способами? Надо заметить, что наиболее сильной критике со стороны Е.А. Суханова подвергаются коллективная собственность, смешанная собственность, «иные формы собственности». Разграничение собственности на частную и публичную так или иначе он допускает: «Юридически и логически никаких «форм собственности», кроме частной и публичной, нет и не может существовать»<sup>9</sup>. Но даже в этом высказывании автора заметно его негативное отношение к дифференциации собственности — о частной и публичной собственности он пишет как о формах собственности, используя кавычки.

Впрочем, есть в цивилистике и компромиссные решения, которые выражаются в замене наиболее спорного термина «форма собственности» термином «тип права собственности»<sup>10</sup>. По-своему склонен к компромиссу К.И. Скловский, предлагая не придавать большого значения разделению собственности на формы, раз уж такое разделение сохраняется в нашем законодательстве: «Однако коль скоро формы собственности все же стали фактом нашего законодательства, нужно четко ограничить сферу их существования и рассматривать исключительно как способ определения принадлежности имущества тому или иному виду субъектов»<sup>11</sup>. В.П. Мозолин, критически оценивая «концепцию формы собственности» в условиях рыночной экономики, все же приходил к выводу, что «полностью отказаться от дифференциации собственности хотя бы на самое минимальное число групп (форм), равное двум, пока ни одному социально-экономическому типу общества, в том числе и капиталистическому не удавалось»<sup>12</sup>.

Единое право собственности стало, по-видимому, руководящей идеей для разработчиков Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (далее — Концепция)<sup>13</sup>. Ни в Концепции, ни в проекте федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — проект федерального закона № 47538-6)<sup>14</sup> не используется термина «форма собственности», нет в этих документах и термина «публичная собственность». Обновлением вещного права завершится работа над поправками первой части ГК РФ. Можно ли сказать, что единое право собственности будет гармонично сочетаться со всеми ранее обновленными институтами гражданского права? Все ли готово в гражданском законодательстве для воплощения в нем идеала единого права собственности?

2.1. Легко заметить в современных научных работах, посвященных проблеме публичной собственности и формам собственности вообще, что типизацию собственности авторы связывают с делением субъектов права на виды. В.Д. Мазаев, например, пишет, что в форме собственности, прежде всего, отражается специфика субъектов от-

<sup>9</sup> Суханов Е.А. Вещное право: Научно-познавательный очерк // СПС КонсультантПлюс.

<sup>10</sup> Голубцов В.Г. Участие Российской Федерации в имущественных отношениях, регулируемых гражданским законодательством: дисс. ... д. ю. н. С. 166–168.

<sup>11</sup> Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд. М., 2010. С. 223.

<sup>12</sup> Мозолин В.П. Право собственности в Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике. М., 1992. С. 23.

<sup>13</sup> СПС КонсультантПлюс.

<sup>14</sup> [Электронный ресурс]: // URL: //http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28spravka%29?openagent&rn=47538-6 (дата обращения: 2.11.2017)

ношений собственности<sup>15</sup>. Именно в субъекте, а не в самой собственности видит проблему формы собственности К.И. Скловский. По его мнению, формы собственности следует рассматривать как способ определения принадлежности имущества тому или иному виду субъектов, не более того<sup>16</sup>.

В то же время современная цивилистика весьма лояльно относится к тому, что публично-правовые образования заняли особое место в системе субъектов гражданского права, составили третью группу лиц наряду с лицами физическими и юридическими. Противники деления собственности на формы не являются исключением, и не слышно, чтобы они призывали покончить с трехчленной классификацией лиц в гражданском праве. Но отделение публично-правовых образований от юридических лиц произошло в ту же сталинскую эпоху, когда в нашем праве утвердилось деление собственности на формы. До социалистической революции в работах российских ученых государству традиционно отводилось место среди юридических лиц. Авторы, признававшие юридическое лицо в качестве субъекта права, относили к числу юридических лиц и государство. В таком качестве государство именовалось казной<sup>17</sup>. Позже о государстве-юридическом лице (казне) писали реже<sup>18</sup>. Во второй половине прошлого столетия в советском гражданском праве господствовала иная методологическая установка: государство было так же обособлено от юридических лиц, как последние были обособлены от граждан<sup>19</sup>.

Четкое нормативное закрепление эта классификация субъектов гражданского права получила лишь в 1991 году с принятием Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик. Признание государства особым субъектом гражданского права, отличным от юридических лиц, находилось в полном соответствии с установлением особого правового режима для государственной собственности: неограниченный круг объектов права государственной собственности; исключительное право собственности государства на землю и некоторые другие наиболее важные объекты; неограниченная возможность виндцировать незаконно отчужденное государственное имущество; поступление в собственность государства бесхозяйного имущества; запрет обращать взыскание на основные средства государственных организаций по претензиям кредиторов и т.д. Вряд ли можно отрицать, что специфика этого режима делала государство привилегированным собственником, выделяя его из общей массы субъектов. Иные особенности государства (имеет власть, обладает законотворческой компетенцией, не подлежит регистрации) существовали и прежде, но не становились причиной ограничения государства от юридических лиц ни в России, ни за рубежом<sup>20</sup>. Поэтому странно

<sup>15</sup> Мазеев В.Д. Публичная собственность в России: конституционные основы. М., 2004. С. 29.

<sup>16</sup> Скловский К.И. Указ. соч.. С. 222–223.

<sup>17</sup> См., напр.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2-х ч. Ч. 1. М., 1997. С.135–138; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 91; Васильковский Е.В. Учебник гражданского права. М., 2003. С. 115.

<sup>18</sup> См., напр.: Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве. М., 1948. С. 169; Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. М.–Л., 1948. С. 814–815.

<sup>19</sup> Уже через два года после опубликования монографии «Юридические лица в советском гражданском праве» С.Н. Братусь не только не называет государство юридическим лицом, но и доказывает необходимость обособления казны от юридических лиц. См.: Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. М., 1950. С. 241.

<sup>20</sup> В связи с этим важное наблюдение сделал С.Н. Братусь: «Государственная собственность в буржуазных странах — разновидность частной собственности. Поэтому само государство, вынужденное для осуществления своих функций участвовать в гражданском обороте в качестве продавца и покупателя,

наблюдать сегодня борьбу с формами собственности как пережитком прошлой эпохи на фоне полного приятия и оправдания другого пережитка той же эпохи — особого положения публично-правовых образований в системе субъектов гражданского права<sup>21</sup>.

2.2. Что должен сделать любой апологет единого права собственности? Он обязан заявить о необходимости скорейшего возвращения публично-правовых образований в систему юридических лиц. Хорошая возможность воплотить эту идею в нормах законодательства была упущена в 2014 году: в ходе обновления ГК РФ вопрос об отнесении к юридическим лицам публично-правовых образований широко не обсуждался. Нам могут указать на ст. 124 ГК РФ, согласно которой к публично-правовым образованиям применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов. Но также и мы сошлемся на ст. 8 Конституции РФ, где сказано, что в Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. Апологетам единого права собственности недостаточно признания и равной защиты всех форм собственности, они выступают за решительный отказ от советской традиции делить собственность на формы, но полумеры и советские подходы в регулировании правосубъектности их вполне устраивают.

2.3. Идея единого права собственности не может быть в полной мере реализована без максимально жесткого размежевания гражданской правосубъектности собственников государственного (муниципального) имущества и публичной власти. Ведь оправданное всей нынешней юриспруденцией соединение публичной власти и государственной (муниципальной) собственности в руках публично-правового образования — самый веский аргумент против единого права собственности. Если обладание властью особым образом влияет на поведение публичного собственника, как можно говорить о едином праве собственности? Если же обладание властью не влияет на поведение собственника, зачем сохранять постулат о дуализме публично-правовых образований? Надо полагать, что наибольшим препятствием для реализации на практике понятий о едином праве собственности является не само по себе разделение собственности на формы, которое может иметь не одно основание и объяснение. Гораздо опаснее единому праву собственности признание за некоторыми собственниками чрезвычайных полномочий, не совместимых с идеей максимальной унификации правового регулирования собственности.

В связи с этим полезно вспомнить определение Конституционного Суда Российской Федерации от 1.10.1998 № 168-О «По запросу администрации Московской области о

---

заказчика, нанимателя, заемщика, заимодавца и т. д., приравнивает себя к частным лицам» (*Братусь С.Н. Субъекты гражданского права.* С. 241). Приравнение государства к частным лицам происходит посредством признания государства юридическим лицом: «Процесс отделения имущественной стороны в деятельности государства от публично-правовой сферы протекал по-разному в различных странах. Но везде он закончился обособлением фиска как юридического лица» (Там же). То есть единообразие в регулировании отношений собственности (государственная собственность — это частная собственность) связано с таким же единообразием в определении правового положения субъектов (государство — это юридическое лицо).

<sup>21</sup> В учебной литературе есть уникальные примеры решительного возврата публично-правовых образований в родственную категорию юридических лиц. Так, С.С. Алексеев включил специальный параграф о гражданской правосубъектности публично-правовых образований в главу «Субъекты гражданского права. Юридическое лицо» (см.: *Гражданское право / С.С. Алексеев, Б.М. Гонгалов, Д.В. Мурзин [и др.]. М.—Екатеринбург, 2006.* С. 63 и сл.). Странно только, что на соответствующей схеме в учебнике публичные образования отсутствуют (там же. С. 71).

проверке конституционности части первой пункта 1 и пункта 2 статьи 1015 Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>22</sup>. Конституционный Суд усмотрел лучшую защиту права частных лиц на занятие предпринимательской деятельностью в запрете публично-правовым образованиям заниматься предпринимательством. Правило ст. 124 ГК РФ не обеспечивает равноправия субъектов на должном уровне: правовое регулирование не приобретает необходимой определенности, а судебная практика не становится стабильной и предсказуемой. Стоит только начать дискуссию о правовой природе той или иной группы имущественных отношений с участием публично-правовых образований, как сразу же исчезает всякая гарантия равноправия субъектов, данная гражданскому обороту в ст. 124 ГК РФ. Приходится запрещать государству заниматься предпринимательством во имя сохранения предпринимательства. Публично-правовые образования — слишком опасные для гражданского оборота субъекты даже при законодательном сдерживании властного начала их деятельности. Но так можно зайти очень далеко, запретив публично-правовым образованиям быть собственниками во имя сохранения отношений собственности. Лучшим решением было бы создание такой теоретической, а затем и нормативно-правовой модели публичного собственника, при которой его гражданская правосубъектность не считалась бы продолжением публичной власти, равно и власть не считалась бы второй натурой такого собственника.

Попытки оставить государство за дверью гражданского оборота предпринимаются давно, и здесь апологет единого права собственности не будет чувствовать себя в одиночестве. Так, например, еще Д.И. Мейер в своем учебнике счел нужным сделать критические замечания в адрес юристов, изображавших казну как особое юридическое лицо, отличное от государства. Казна, по мнению не названных Д.И. Мейером авторов, это олицетворенное государственное имущество, а не государство<sup>23</sup>. Позднее к числу юристов, разделявших такие взгляды на казну, относился И.М. Тютрюмов. По его мнению, выделяется такой вид юридических лиц, как совокупность имуществ, тогда, когда с этой совокупностью связывается возникновение прав и обязанностей. Такой совокупностью имуществ является имущественная масса, которая принадлежит государству и выделяется в виде юридического лица (казны)<sup>24</sup>. Казну предлагалось отделить от государства посредством персонификации имущества. Но можно посоветовать защитникам единого права собственности сместить акценты при выборе объекта персонификации с имущества на объединение людей (нацию, народ, общество, население соответствующей территории). В таком случае одно и то же объединение людей персонифицируется дважды для разных целей: для осуществления власти (то, что называется государством) и для управления собственностью (то, что называлось казной). Применительно к реалиям российского права идея размежевания гражданской правосубъектности и публичной власти может означать следующее: когда говорят, например, «Российская Федерация», то необходимо различать, идет ли речь о государстве, обладающем властью и суверенитетом, или о собственнике имущества.

Нас могут спросить — неужели публично-правовые образования как собственники вовсе лишены публичной власти? Полагаем, что публично-правовые образования как

<sup>22</sup> Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1999. № 1. С. 6.

<sup>23</sup> См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2-х ч. Ч. 1. М., 1997. С. 135.

<sup>24</sup> Сведения о взглядах И.М. Тютрюмова со ссылкой на его учебник гражданского права (Юрьев, 1922) приводятся Г.А. Гаджиевым. См.: Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). М., 2002. С. 243–244.

собственники могут иметь властные полномочия, но не по определению, а постольку, поскольку такие полномочия делегированы государством — субъектом, властным по определению, т.е. изначально, по своей сути. Но разве обладание публичной властью, хотя бы и делегированной, т.е. достаточно ограниченной, не ставит под сомнение единое право собственности? Нет, не ставит. Дело в том, что получить власть от государства может любой собственник. Такие примеры существуют, и количество их только растет со временем: правом требовать от гражданина уплаты налогов публично-правовое образование наделено в то самое время, когда гражданин обладает правом требовать у этого публично-правового образования передачи ему безвозмездно в собственность занимаемого жилого помещения по законодательству о приватизации. Конечно, содержание этих требований различно.

Однако в обоих случаях власть, т.е. возможность принуждать к определенному поведению, приобретает субъектом за счет ограничения права собственности другого субъекта. Требование уплаты налогов, требование передать безвозмездно в собственность жилое помещение или земельный участок по законодательству о приватизации, выплата социального пособия за счет казенных средств, понуждение к заключению договора розничной купли-продажи или иного публичного договора — это явления одного порядка. Эти требования нельзя вывести из существа гражданского оборота, это не естественные отношения собственников. Даже элементарное понуждение к заключению договора нуждается в поддержке закона, принятие которого является способом делегирования публичной власти, пускай и в очень ограниченном объеме. Ярким примером делегирования публичной власти собственнику, хотя и связанному с публично-правовыми образованиями, но не относящемуся к их кругу, являются нормотворческие полномочия Госкорпорации «Росатом» (ст. 8 Федерального закона от 1.12. 2007 № 317-ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом»).

Надо полагать, что единое права собственности не исключает наделения собственников некоторым объемом публично-властных полномочий. Важно, чтобы выдерживался принцип: любой собственник при одинаковых обстоятельствах может претендовать на одинаковый объем публичной власти, если в этом есть необходимость. Если из законодательства прямо не следует власть какого-либо субъекта отношений, он признается участвующим в таких отношениях на равных с другими субъектами, каковы бы ни были его наименование, цель деятельности и объект отношения. Поскольку осуществление власти нельзя представить без ограничения свободы других лиц, то критерием для определения самой возможности делегирования власти и объема властных полномочий является не форма (вид, тип) собственности, т.е. не заранее произведенная градация собственников, а допустимость соразмерного и пропорционального ограничения гражданских прав в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ст. 55 Конституции РФ, п. 2 ст. 1 ГК РФ). Понятно, что очень часто власть получают собственники государственного и муниципального имущества, т.е. публично-правовые образования, для которых общее благо — цель существования, а масштабы их деятельности оправдывают большой объем властных полномочий.

Надежной опорой единого права собственности должно стать такое понимание правосубъектности публично-правовых образований, когда публичная власть не считается признаком собственников государственного и муниципального имущества; ее наличие в каждом отдельном взятом правоотношении подлежит доказыванию посредством анализа соответствующих норм права; даже состоявшееся делегирование государством

публичной власти собственнику может быть оспорено в рамках конституционного судопроизводства. Эти выводы справедливы в отношении любых других собственников.

Единое право собственности так можно примирить с очевидными различиями в правовом режиме объектов права собственности, с особенностями оснований возникновения и прекращения права собственности для строго определенных субъектов: право собственности едино по своему содержанию для всех субъектов в его исходном состоянии, но приобретает различия по мере того, как осуществляется правовое регулирование отношений собственности. Исходное состояние права собственности, как и исходное правовое положение собственников, на отраслевом уровне определяется гражданским правом, поэтому именно среди цивилистов идея единого права собственности пользуется такой популярностью. Большая часть различий в правовом положении собственников и правовом режиме объектов — результат воздействия на отношения собственности норм публичного права, зачастую содержащихся в ГК РФ. Эти различия являются результатом текущего правового регулирования, имеют производный и временный характер, изменчивы и не касаются самой сути явления (собственности).

Производный характер различий заключается в том, что они устанавливаются не сами по себе, а как отрицание изначально заданного равенства субъектов и прав, как ограничение существующих прав собственника или субъектов, ему противостоящих. Если публично-правовые образования не могут распоряжаться имуществом путем внесения его в качестве вклада в складочный капитал товарищества, это не означает, что у них особое право собственности, в принципе исключающее такой способ распоряжения. Право собственности публично-правовых образований ограничивается в данном случае; нормы, устанавливающие ограничение, не формируют право публичной собственности изначально, они лишают публично-правовое образование соответствующей возможности, которая презюмируется для всякого собственника, они отнимают у публичного собственника часть свободы, определенной в равной мере для всех собственников Конституцией РФ и гражданским законодательством. Точно также следует оценить запрет гражданам и юридическим лицам создавать унитарные предприятия.

Предоставление публично-правовым образованиям уникальной возможности передавать свое имущество в хозяйственное ведение унитарных предприятий можно рассматривать не как особое правонаделение публичных собственников, а как ограничение права собственности других лиц, которые могли бы распоряжаться и таким образом, если бы не установленный для них запрет. Не только прямые запреты и предписания, адресованные собственнику, могут свидетельствовать о состоявшемся ограничении его прав, но и всякое преимущество другого лица, предоставленное ему законом, говорит об ограничении прав собственника, не имеющего такого преимущества, поскольку предоставление преимущества происходит в условиях действия принципа равенства участников отношений.

Временный характер различий в правовом положении собственников и правовом режиме объектов обусловлен изменчивостью законодательства, динамизмом общественных отношений, корректировкой экономической политики государства и многими другими факторами. Примером может служить законодательство о приватизации государственного и муниципального имущества, которое трижды существенно менялось в постсоветской России, демонстрируя, между прочим, существенное ограничение прав публичных собственников владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом.

Может возникнуть вопрос: есть ли прок от того, что различия в правовом положении собственников и правовом режиме объектов не касаются существа собственности, ведь на практике субъект будет иметь дело с различиями во всем их множестве и многообразии? Не теряется ли идея единого права собственности среди множества самых разнообразных ограничений прав собственников? Единое право собственности как модель исходного состояния отношений собственности может проявить свое значение следующим образом:

поскольку все особенности в правовом регулировании отношений собственности являются производными и зависимыми от исходного состояния этих отношений, оно будет своеобразной презумпцией, открывая путь к общим положениям о праве собственности во всех случаях, когда имеется дефицит норм, независимо от субъектного состава, объектов и других характеристик отношений. Сколько бы ни был специфичен статус публичного собственника, он в первую очередь просто собственник и субъект гражданского права. Каким бы ни было особенным право публичной собственности, оно в первую очередь — право собственности;

поскольку особенности вторичны и не порождают новой сущности, единое право собственности позволяет критически оценивать текущее правовое регулирование отношений собственности. Всякое ограничение прав собственника ли, субъектов ли, ему противостоящих, требует обоснования, его необходимость должна быть доказана не простым указанием на особый род отношений, а демонстрацией тех целей, ради достижения которых возможно какое-либо ограничение гражданских прав (ст. 55 Конституции РФ, п. 2 ст. 1 ГК РФ). Когда доказательства отсутствуют — регулирование отношений должно рассматриваться как находящееся в исходном гражданско-правовом состоянии.

Если угодно, право собственности всегда остается единым, при любом субъектном и объектном составе отношений, различными бывают ограничения прав собственности, они-то и создают более или менее устойчивые правовые режимы отношений собственности, которые можно было бы назвать формами собственности. Частная собственность оттого воспринимается в качестве нормальной собственности или «собственности вообще», что ограничения частной собственности не столь значительны в сравнении с ограничениями, которые претерпевает право собственности любого публично-правового образования. Потому частная собственность ближе к исходной гражданско-правовой модели регулирования отношений собственности. Скажем так: права собственности физических лиц, юридических лиц и публично-правовых образований не отличаются друг от друга; различаются способы и степени и цели ограничения прав всех этих лиц. Потому разделение собственности на формы — это не столько дифференциация самой собственности, сколько разделение на виды существующих ограничений прав собственников. При таком понимании проблемы форм собственности становится понятно, на каком основании в юридической литературе вдруг иногда говорится о частной собственности государства и о публичной собственности юридических лиц<sup>25</sup>.

2.4. Увлеченный идеей единого права собственности апологет этого права должен заявить о себе как о стороннике Г.Ф. Шершеневича и вместе с ним провозгласить: «Субъект права есть только юридическое представление, все равно, идет ли речь о юридиче-

<sup>25</sup> Выше приводилось мнение С.Н. Братуся, что государственная собственность в буржуазных странах — разновидность частной собственности. В.Д. Кравец приводит внушительный перечень авторов, признающих публичную собственность юридических лиц-государственных корпораций. См.: Кравец В.Д. Гражданско-правовой статус публичных юридических лиц. М., 2016. С. 93.

ском или о физическом лице»<sup>26</sup>. Движение в этом направлении крайне сложно сделать в рамках современной отечественной цивилистики. Дело в том, что Г.Ф. Шершеневич занесен исследователями в списки сторонников теории фикции, поскольку его представление о субъектах права основано на различении лиц физических и юридических по тому признаку, что физические лица — действительные, а юридические лица — вообразаемые, искусственные, фиктивные. В известной книге Н.В. Козловой о понятии и сущности юридического лица учением именно Г.Ф. Шершеневича начато рассмотрение вопроса о развитии теории фикции (олицетворения) в России<sup>27</sup>. Такое мнение об идеях Г.Ф. Шершеневича укоренилось в сознании современных юристов, воспитанных фирмой «Спарк», переиздавшей в 1995 году учебник Г.Ф. Шершеневича по гражданскому праву<sup>28</sup>.

Однако есть другой, поздний Г.Ф. Шершеневич, который неожиданно пишет: «Основная ошибка теории фикции заключается в том, что она предположила, будто человек становится субъектом права в силу своей человеческой природы; субъект права, потому что человек, или — человек, а, следовательно, — субъект права... В действительности всякий субъект есть создание объективного права. Субъекты — это те центры, около которых волей закона объединяются юридические отношения, образуя обособленные комплексы»<sup>29</sup>. Физические и юридические лица одинаковы в том смысле, что являются лишь юридическими представлениями и не нужно искать в них реальности человеческого тела или вещи. Прямо говорится об ошибках теории фикции. Не сохраняется характерное для теории фикции противопоставление физических лиц юридическим лицам. Это не развитие теории фикции, это ее преодоление.

Нет более надежного основания для моделирования единого права собственности, нежели единая правосубъектность. Поскольку состояние правосубъектности определяет поведение участника в правоотношениях, сегодня сложно рассуждать о едином праве собственности, сохраняя гипертрофированную дифференциацию субъектов. Если верно, что «не собирают смокв с терновника и не снимают винограда с кустарника», верно и другое — единое право собственности не получают, руководствуясь разделением правосубъектности на виды (типы, формы). Чем больше внимания уделяется дифференциации субъектов, тем больше разнообразия будет в регулировании гражданских правоотношений, в частности, отношений собственности. Универсализм Г.Ф. Шершеневича в понимании гражданской правосубъектности — настоящий подарок апологетам единого права собственности. Если у нас теперь принято различать юридические лица и публично-правовые образования, он в свое время стирал принципиальные различия между лицами юридическими и физическими.

3. Таким образом, в современных условиях не сложились еще предпосылки отказа от ставшего традиционным деления собственности на формы (виды, типы). Это деление отражает существующую дифференциацию лиц в гражданском праве, против которой мало кто всерьез возражает. Наряду с общими нормами всегда будут существовать специальные нормы, регулирующие отдельные аспекты отношений собственности, в том числе зависящие от личности собственника. Но поскольку существуют различные формы (виды, типы) гражданской правосубъектности, передавать специфику регулирова-

<sup>26</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911 // СПС Гарант.

<sup>27</sup> См.: Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории. М., 2003. С. 158.

<sup>28</sup> См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995.

<sup>29</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (1911) // СПС Гарант.

ния отношений собственности удобно, руководствуясь привычной категорией «форма собственности». Это логично: если правосубъектность публично-правовых образований отличается от правосубъектности юридических лиц, их отношения собственности, как и любые другие отношения, наверное, также будут иметь различия, столь же заметные, как заметны различия в правосубъектности.

Все же нужно признать, что отмеченная здесь дифференциация собственности и правосубъектности сегодня утратила былое значение. Если прежде она была внедрена в законодательство и использовалась для построения иерархии субъектов и прав собственности, то в настоящее время она сохранена в законодательстве, чтобы подчеркнуть исчезновение иерархии. Поручкой тому являются ст. 8 Конституции РФ и ст. 124 ГК РФ, в которых нивелируется сохранившееся разделение собственности и правосубъектности на формы (виды, типы). Это свидетельствует о временном характере норм, на смену которым должны прийти четкие законодательные решения, сначала о признании единой гражданской правосубъектности лиц, а затем о едином праве собственности.

Развивая в теории и воплощая в законодательстве понятия о едином праве собственности, можно заметно улучшить состояние законодательства. Единое право собственности позволяет смотреть на право собственности публично-правовых образований не как на особый род явлений, а как на вид одного рода с правом собственности физических и юридических лиц, т.е. открывает путь к углубленной кодификации вещного права, к поиску все большего количества универсальных законодательных решений для права собственности.

Например, иммунитет Российской Федерации и ее имущества во внешнеэкономических отношениях можно рассмотреть в качестве частного случая иммунитета по гражданскому праву, сопоставив его с защитой от обращения взыскания, предоставленной обычным гражданам нормами процессуального законодательства. Но жесткое разграничение правосубъектности физических лиц, юридических лиц и публично-правовых образований препятствует даже попыткам такого анализа.

Очевидную связь между публично-правовыми образованиями и ее влияние на регулирование отношений собственности можно рассмотреть как частный случай аффилированности в гражданском праве и сделать некоторые обобщения, показывая специфику договорных отношений между любыми аффилированными лицами. Так, согласно правовой позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, выраженной в постановлении от 4. 12. 2012 № 8989/12<sup>30</sup>, будет ошибкой считать, что любые сделки между основным и дочерним обществами по передаче имущества без прямого встречного предоставления являются дарением. Отсутствие такого предоставления является особенностью отношений между данными лицами, представляющими собой с экономической точки зрения единый хозяйствующий субъект. Необходимость в перераспределении имущества между основным и дочерним обществами может возникать для реализации общих целей экономической деятельности, и облекаться такое перераспределение имущества должно в иные правовые формы, отличные от дарения. Безвозмездная передача имущества между участниками холдинга отделена от дарения, но сохранена в сфере действия гражданского договорного права.

С этим примером сопоставимы предложения по совершенствованию гражданского законодательства в части регулирования отношений государственной и муниципаль-

<sup>30</sup> [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id\\_casedoc=1\\_1\\_841be62d-5f57-4263-9d1e-d7e00edd79cc](http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_841be62d-5f57-4263-9d1e-d7e00edd79cc) (дата обращения: 2.11.2017)

ной собственности. На первом этапе разработки Концепции, в ее проекте<sup>31</sup> предлагалось включить в ГК РФ нормы, устанавливающие порядок передачи имущества из государственной собственности в муниципальную и наоборот. Вполне возможно, что реализация этих идей привела бы к необходимости распространить действие норм договорного права на отношения между публично-правовыми образованиями. В таком случае выводы Президиума ВАС РФ об особой гражданско-правовой природе договорных отношений между участниками холдинга могли бы пригодиться для создания специальных правил о разграничении публичной собственности. С одной стороны, эти отношения были бы поставлены на прочную законодательную основу в виде ГК РФ, с другой, удалось бы отразить их специфику, пользуясь достижениями все той же цивилистики.

Связь между единым правом собственности и возможными решениями практической проблемы разграничения публичной собственности уже проводилась юридической литературе. Так, Г.А. Гаджиев, поддержав идею единого права собственности, тут же делает вполне закономерный вывод: «Субъекты Российской Федерации и муниципальные образования являются полноправными собственниками. Между такими правовыми субъектами могут возникать только имущественные отношения, основанные на равноправии. В противном случае, т.е. когда федеральным законом допускается «перераспределение» собственности субъектов Российской Федерации в связи с проводимым разграничением полномочий в федеративной системе, имеет место нарушение требований, императивов, запретов, образующих содержание конституционного принципа права собственности»<sup>32</sup>.

Однако в проекте федерального закона № 47538-6, подготовленного на основе Концепции, предусмотрено, что разграничение государственной собственности на федеральную собственность, собственность субъектов федерации и муниципальную собственность должно осуществляться в порядке, установленном специальным законом. Более того, к отношениям по разграничению и перераспределению государственной и муниципальной собственности между публично-правовыми образованиями в связи с разграничением или перераспределением полномочий между органами государственной власти и органами местного самоуправления гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законом. Данное предложение скорее отражает идею разделения собственности на формы (виды, типы), чем идею единого права собственности. Вместо того чтобы попытаться вписать правила о распоряжении государственным и муниципальным имуществом в качестве частного случая в систему готовых универсальных решений, используемых для регулирования отношений собственности, эти правила вообще выводятся за рамки гражданского законодательства, обрекая правоприменителя работать в условиях правового вакуума. Примечательно, что пока законодатель намеревается вывести разграничение публичной собственности за пределы гражданского права, на практике эти отношения публично-правовые образования пытаются строить не только на основе ГК РФ, а выбирают именно институт дарения, поскольку ничего более подходящего нет даже в ГК РФ, тем более за его пределами<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://privlaw.ru/sovet-po-kodifikacii/conceptions/konceptiya5/> (дата обращения: 2.11.2017)

<sup>32</sup> Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров. М., 2008 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>33</sup> Именно такое разъяснение было дано 15.06.2010 на сайте Совета муниципальных образований Новосибирской области: «Поскольку в законодательстве нет запрета на безвозмездную передачу муниципаль-



## Библиография

- Алексеев С.С. Право собственности. Проблемы теории. М.: Норма, 2008. 240 с.
- Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. М.: Гос. изд. юрид. литературы, 1950. 367 с.
- Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. М.: Статут, 2003. 382 с.
- Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. М.–Л.: Изд-во Академии наук СССР, 1948. 840 с.
- Винницкий А.В. Публичная собственность. М.: Статут, 2013. 732 с.
- Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). М.: Юрист, 2002. 286 с.
- Голубцов В.Г. Участие Российской Федерации в имущественных отношениях, регулируемых гражданским законодательством: дис. ... д. ю. н. М., 2008. 411 с.
- Голубцов В.Г. Институт публичной собственности в современном гражданском праве // Вестник Пермского университета. 2010. № 2. С. 106–111.
- Конституционная экономика / отв. ред. Г.А. Гаджиев. М.: Юстицинформ, 2010. 256 с.
- Кравец В.Д. Гражданско-правовой статус публичных юридических лиц. М.: Проспект, 2016. 192 с.
- Мазаев В.Д. Публичная собственность в России: конституционные основы. М.: Городец, 2004. 384 с.
- Мозолин В.П. Право собственности в Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике. М.: Наука, 1992. 176 с.
- Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров. М.: Статут, 2008. 731 с.
- Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М.: Статут, 2010. 893 с.
- Суханов Е.А. Гражданское право России — частное право. М.: Статут, 2008. 588 с.

---

## Prospects of Real Rights: Public Property vs. Unified Property Right



### Dmitriy Pyatkov

Associate Professor, Department of Civil Law, Faculty of Law, Altai State University, Candidate of Legal Sciences. Address: 68 Sotsialisticheskii Prospekt, Barnaul 656049, Russian Federation. E-mail: pitkov@yandex.ru



### Abstract

In the domestic science, the notion of public property is gaining increasing popularity. It is proposed to develop in the normative acts the idea of a variety of forms of ownership and to recognize the

---

ципальной собственности, предлагается руководствоваться общими нормами гражданского законодательства... Установленные ст. 575, 576 запреты и ограничения дарения на сделки между органами власти не распространяются. Более того, Гражданским кодексом РФ предусмотрен специальный вид дарения — пожертвование... Пожертвования могут делаться... субъектам гражданского права, указанным в статье 124 ГК РФ: Российской Федерации, субъектам Российской Федерации, городским, сельским поселениям и другим муниципальным образованиям. Эти субъекты выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений... Исходя из приведенных норм, безвозмездная передача муниципального имущества другому муниципальному образованию либо субъекту РФ — области возможна в форме дарения, пожертвования» [Электронный ресурс]:// URL: [http://smo-nso.ru/index.php?option=com\\_content&view=article&id=352:2010-06-15-04-34-14&catid=49:2009-11-10-08-51-07&Itemid=125](http://smo-nso.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=352:2010-06-15-04-34-14&catid=49:2009-11-10-08-51-07&Itemid=125)) (дата обращения: 2.11.2017)

public form of ownership as a special kind of relationship that needs special legal regulation. However, many specialists stand on opposite positions. They affirm in their studies the ideal of a unified property right with a single content for all owners. Such views are widespread among civil law experts. They are making efforts to improve civil legislation in a way that excludes not only the category of public property, but also the division of ownership into some form. This confrontation is not a normal phenomenon. It shows that there is no reliable theoretical basis for codifying not only property law, but also all Russian legislation. The choice should not be purely sectoral, it is necessary to find a common solution for Russian law. Since the separation of property into forms is enshrined in legislation, for many decades it has received a scientific justification, and today many are taken for granted, and the article focuses on alternative views. The article attempts to assess the succession of supporters of the unified property right in defending their ideas, the timeliness and practical value of their proposals. The author uses historical, comparative-legal methods of research: the division of property into forms in due time has affected many institutions of domestic law, and therefore the rejection of this division should be combined with the rejection of other concepts, constructions, and solutions that have become customary. The methodological basis of the study was a system analysis: the idea of a unified property right was critically evaluated from the point of view of its correspondence to another important concept, legal personality. It is concluded that the weak point of the position of the supporters of the unified property right is the discrepancy between their views on property and legal personality, their lenient attitude towards the three-member classification of subjects in civil law. A unified property right will help to raise the codification of property legislation to a qualitatively new level. But first of all the idea of a single legal personality must be established in our law. The first step in this direction will be the return of the Russian Federation, constituent entities of the Russian Federation and municipal entities to the system of legal entities.



### Keywords

property, form of ownership, private property, public property, unified property right, public legal entities.

Citation: Pyatkov D.V. (2017) Prospect of Real Rights: Public Property vs. Unified Property Right. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 128–143 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.128.143



### References

Alekseev S.S. (2008) *Pravo sobstvennosti. Problemy teorii* [Right of ownership. Theoretical issues ]. Moscow: Norma, 240 p. (in Russian)

Bratus' S.N. (1950) *Sub'ekty grazhdanskogo prava* [Subjects of civil law]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 367 p. (in Russian)

Vas'kovskiy E.V. (2003) *Uchebnik grazhdanskogo prava* [Civil law textbook]. Moscow: Statut, 382 p. (in Russian)

Venediktov A.V. (1948) *Gosudarstvennaya sotsialisticheskaya sobstvennost'* [State social property]. Moscow–Leningrad: Izd-vo Akadem. nauk SSSR, 840 p. (in Russian)

Vinnitskiy A.V. (2013) *Publichnaya sobstvennost'* [Public property]. Moscow: Statut, 732 p. (in Russian)

Gadzhiev G.A. (2002) *Konstitutsionnye printsipy rynochnoy ekonomiki (Razvitie osnov grazhdanskogo prava v resheniyakh Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii)* [Constitutional principles of Market economy]. Moscow: Yurist", 286 p. (in Russian)

Gadzhiev G.A. (ed.) (2010) *Konstitutsionnaya ekonomika* [Constitutional economy]. Moscow: Yustitsinform, 256 p. (in Russian)

Golubtsov V.G. (2008) *Uchastie Rossiyskoy Federatsii v imushchestvennykh otnosheniyakh, reguliruemyykh grazhdanskim zakonodatel'stvom: Diss. ... doctora yuridicheskikh nauk* [Participation of Russian citizens in property relations regulated by civil legislation. Doctor of Juridical Sciences Dissertation]. Moscow, 411 p.

Golubtsov V.G. (2010) Institut publichnoy sobstvennosti v sovremennom grazhdanskom prave [Institute of public property in modern civil law]. *Vestnik Permskogo universiteta*, no. 2, pp. 106–111.

Kravets V.D. (2016) *Grazhdansko-pravovoy status publichnykh yuridicheskikh lits* [Civil law status of public legal persons]. Moscow: Prospekt, 192 p. (in Russian)

Litovkin V.N., Sukhanov E.A., Chubarov V.V. (eds.) (2008) *Pravo sobstvennosti: aktual'nye problemy* [Right of ownership: topical issues]. Moscow: Statut, 731 p. (in Russian)

Mazaev V.D. (2004) *Publichnaya sobstvennost' v Rossii: konstitutsionnye osnovy* [Public property in Russia: constitutional fundamentals]. Moscow: Gorodets, 384 p. (in Russian)

Mozolin V.P. (1992) *Pravo sobstvennosti v Rossiyskoy Federatsii v period perekhoda k rynochnoy ekonomike* [Right of ownership in the Russian Federation during transitional period]. Moscow: Izd-vo IGI RAN, 176 p. (in Russian)

Sklovskiy K.I. (2010) *Sobstvennost' v grazhdanskom prave* [Ownership in civil law]. Moscow: Statut, 893 p. (in Russian)

Sukhanov E.A. (2008) *Grazhdanskoe pravo Rossii — chastnoe pravo* [Russian civil law — private law]. Moscow: Statut, 588 p. (in Russian)

# Публичная власть в Интернете

---



**Л.К. Терещенко**

профессор, 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. E-mail: ltereschenko@hse.ru

---



## Аннотация

Государственные и муниципальные органы активно используют сеть Интернет в целях реализации стоящих перед ними задач. В статье рассматриваются отдельные аспекты присутствия публичной власти в Интернете, исполнения государственных функций в цифровой среде, в частности, обеспечение открытости деятельности публичной власти и электронных государственных и муниципальных услуг, возможность передачи их на аутсорсинг, а также связанные с этим проблемы информационной безопасности, включая сайты-зеркала, идентификацию при оказании государственных и муниципальных услуг в электронной форме. Требование открытости публичной власти распространяется не только на органы государственной и муниципальной власти, но и на иные государственные органы, а также структуры, выполняющие публичные функции, и должностных лиц указанных структур. Обслуживать общественно значимые публичные интересы в определенных случаях могут и негосударственные структуры, в первую очередь, при передаче отдельных функций государственных и муниципальных органов на аутсорсинг. Указанные структуры должны обеспечивать тот же уровень информационной открытости, что и органы государственной и муниципальной власти, включая предоставление открытых данных. Определенные публичные функции переданы государством, в том числе саморегулируемым организациям (СРО). Соответственно встает вопрос об обеспечении их информационной открытости. Принцип информационной открытости деятельности саморегулируемых организаций должен являться принципом работы любых СРО, поэтому изменения затронули и другие федеральные законы, предусматривающие создание и деятельность саморегулируемых организаций. Требования открытости деятельности не ограничиваются саморегулируемыми организациями. Ряд субъектов Российской Федерации принял близкие по содержанию законы и иные нормативные правовые акты, направленные на правовое обеспечение бесплатного доступа к информации о поставщиках социальных услуг, самих услугах, их видах, сроках, порядке и условиях их оказания, о тарифах на услуги, в том числе через средства массовой информации, включая размещение информации на официальных сайтах в Интернете.

---



## Ключевые слова

публичная власть, органы исполнительной власти, сеть Интернет, государственные услуги, публичные услуги, информационная открытость, информационная безопасность, информационные технологии, Единый портал государственных и муниципальных услуг.

---

Библиографическое описание: Терещенко Л.К. Публичная власть в Интернете // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 144–157.

JEL: К 00; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.144.157

Требование открытости публичной власти распространяется не только на органы государственной и муниципальной власти, но и на иные государственные органы, а также структуры, выполняющие публичные функции, и должностных лиц указанных

структур. Обслуживать общественно значимые публичные интересы в определенных случаях могут и негосударственные структуры, в первую очередь, при передаче отдельных функций государственных и муниципальных органов на аутсорсинг. Соответственно указанные структуры должны обеспечивать тот же уровень информационной открытости, что и органы государственной и муниципальной власти, включая предоставление открытых данных.

Присутствие публичной власти в Интернете продолжает расширяться, она активно использует Интернет в целях реализации стоящих перед ней задач, одна из которых — обеспечение открытости деятельности публичной власти. Информационная открытость публичной власти позволяет гражданам получать адекватное понятие о состоянии российского общества и органах государственной и муниципальной власти; усиливает эффективность общественного контроля над деятельностью органов власти.

Право на доступ к информации во многом предполагает самостоятельный выбор субъектом той информации, которая для него является важной. Оно распространяется в основном на публичную сферу и в первую очередь на доступ к информации о деятельности государственных и муниципальных органов. По ст. 1 Федерального закона от 09.02.2009 № 8-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» (далее — Закон)<sup>1</sup>, под информацией о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления понимается информация (в том числе документированная), созданная в пределах своих полномочий государственными органами, их территориальными органами, органами местного самоуправления или организациями, подведомственными государственным органам, органам местного самоуправления, либо поступившая в указанные органы и организации.

Закон также закрепляет перечень способов доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления (ст. 6), причем этот перечень носит открытый характер. В статье перечислены шесть основных способов доступа к информации, в том числе размещение государственными органами и органами местного самоуправления информации о своей деятельности в сети Интернет.

Закон не ограничивается перечислением способов доведения информации, но регламентирует каждый из перечисленных способов. Наиболее подробно законодатель регулирует порядок размещения государственными органами и органами местного самоуправления информации о их деятельности в Интернете. При этом обращается внимание на организацию доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления, размещаемой в сети Интернет (ст. 10). На государственные органы и органы местного самоуправления для размещения информации о их деятельности возложена обязанность создавать в Интернете официальные сайты с указанием адресов электронной почты, по которым пользователем информацией может быть направлен запрос и получена запрашиваемая информация. Предусмотрен порядок действий, если орган местного самоуправления не имеет возможности размещать информацию о своей деятельности в Интернете: указанная информация может размещаться на официальном сайте субъекта Федерации, в границах которого находится муниципальное образование. Информация о деятельности органов местного самоуправления поселений, входящих в муниципальный район, может размещаться на официальном сайте этого муниципального района.

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2009. № 7. Ст. 776.

В свою очередь, для обеспечения права неограниченного круга лиц на доступ к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления в местах, доступных для пользователей информацией (в помещениях государственных органов, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных библиотек, других доступных для посещения местах), предусмотрено создание пунктов подключения к сети Интернет.

Наряду с организационными мерами по размещению информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления в сети Интернет Закон регламентирует и вопросы содержательного характера (ст. 13). В статье приведен перечень информации, которую государственные органы, органы местного самоуправления обязаны размещать в Интернете с учетом сферы деятельности государственного органа, органа местного самоуправления.

В Перечень включен широкий круг информации, состоящий из нескольких блоков:

1. общая информация о государственном органе, об органе местного самоуправления;
2. информация о нормотворческой деятельности государственного органа, органа местного самоуправления;
3. информация об участии государственного органа, органа местного самоуправления в целевых и иных программах, международном сотрудничестве, включая тексты соответствующих международных договоров России, а также о мероприятиях, проводимых государственным органом, органом местного самоуправления, в том числе сведения об официальных визитах и о рабочих поездках руководителей и официальных делегаций государственного органа, органа местного самоуправления;
4. информация о состоянии защиты населения и территорий от чрезвычайных ситуаций и принятых мерах по обеспечению их безопасности, о прогнозируемых и возникших чрезвычайных ситуациях, о приемах и способах защиты населения от них, а также иная информация, подлежащая доведению государственным органом, органом местного самоуправления до сведения граждан и организаций в соответствии с федеральными законами, законами субъектов Федерации;
5. информация о результатах проверок, проведенных государственным органом, его территориальными органами, органом местного самоуправления, подведомственными организациями в пределах их полномочий, а также о результатах проверок, проведенных в государственном органе, его территориальных органах, органе местного самоуправления, подведомственных организациях;
6. выступления и заявления руководителей и заместителей руководителей государственного органа, его территориальных органов, органа местного самоуправления;
7. статистическая информация о деятельности государственного органа, органа местного самоуправления;
8. информация о кадровом обеспечении государственного органа, органа местного самоуправления;
9. информация о работе государственного органа, органа местного самоуправления с обращениями граждан (физических лиц), организаций (юридических лиц), общественных объединений, государственных органов, органов местного самоуправления.

С позиции юридической техники данный перечень сформулирован исчерпывающим образом. Однако в ч. 2 ст. 13 законодатель установил право государственных органов, органов местного самоуправления наряду с указанной информацией размещать в Интернете иную информацию о своей деятельности. Таким образом, выделяются две группы размещаемой в Интернете информации государственных органов, органов

местного самоуправления: обязательная группа и группа, наполнение которой зависит от усмотрения соответствующего органа.

Состав общедоступной информации, обязательной к размещению государственными органами и органами местного самоуправления в сети Интернет, определяется соответствующими перечнями информации, порядок утверждения которых зависит от вида органа власти, его подчиненности. Так, перечни информации о деятельности федеральных государственных органов, руководство деятельностью которых осуществляет Президент Российской Федерации, и подведомственных им федеральных государственных органов утверждаются Президентом; перечни информации о деятельности федеральных государственных органов, руководство деятельностью которых осуществляет Правительство России, и подведомственных им федеральных государственных органов утверждаются Правительством России, перечни информации о деятельности палат Федерального Собрания утверждаются соответственно Советом Федерации и Государственной Думой и т.п.

Информационная открытость имеет прочную законодательную основу не только на федеральном уровне<sup>2</sup>, но и на уровне субъектов Федерации<sup>3</sup>. При этом в отдельных случаях субъекты регламентируют доступ к информации в наиболее значимых для населения сферах. Так, например, в Москве действует Закон города Москвы от 12.03.2014 №9 «Об обеспечении открытости информации и общественном контроле в сферах благоустройства, жилищных и коммунальных услуг»<sup>4</sup>. В соответствии с установленными требованиями органы исполнительной власти Москвы, осуществляющие государственное управление в сферах благоустройства, жилищных и коммунальных услуг, обязаны обеспечить условия для общественного контроля в названных сферах, в том числе путем размещения в соответствующих информационных системах Москвы, открытых для общего доступа в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, информации, касающейся благоустройства, жилищных и коммунальных услуг, в удобной и доступной для восприятия форме. Круг размещаемой в Интернете информации определен в ст. 3 Закона и является широким, позволяя обеспечить публичность принятия органами исполнительной власти Москвы решений в сферах благоустройства, жилищных и коммунальных услуг.

Применение современных информационных технологий позволяет облегчить и ускорить связь между гражданами и органами исполнительной власти; ликвидировать ограничения, налагаемые расписанием работы, или географической удаленностью, или

---

<sup>2</sup> См., напр.: Федеральный закон от 22.12.2008 № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6217; ФЗ от 09.02.2009 № 8-ФЗ // СЗ РФ. 2009. № 7. Ст. 776; Постановление Правительства РФ от 24.11.2009 № 953 «Об обеспечении доступа к информации о деятельности Правительства Российской Федерации и федеральных органов исполнительной власти» // СЗ РФ. 2009. № 48. Ст. 5832 и др.

<sup>3</sup> См., напр.: Закон Санкт-Петербурга от 16.07.2010 № 445-112 «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов Санкт-Петербурга», Закон Краснодарского края от 16.07.2010 № 2000-КЗ «Об обеспечении доступа о деятельности государственных органов Краснодарского края, органов местного самоуправления в Краснодарском крае», Решение городской Думы Краснодара от 28.01.10 № 69 п. 23 «О порядке организации доступа к информации о деятельности городской Думы Краснодара», постановление Правительства Пермского края от 06.08.2010 № 463-п «Об обеспечении доступа к информации о деятельности Правительства Пермского края, исполнительных органов государственной власти Пермского края, аппарата Правительства Пермского края», Закон Московской области от 10.07.2009 № 80/2009-ОЗ «О государственных информационных системах Московской области и обеспечении доступа к содержащейся в них информации» // СПС КонсультантПлюс

<sup>4</sup> Ведомости Московской городской Думы. 2014. № 4. Ст. 61.

другими факторами деятельности органов исполнительной власти, обеспечить доступность государственных и муниципальных услуг.

Обеспечение доступа к информации о деятельности органов государственной и муниципальной власти — важный этап развития их открытости, но во многих случаях одного доступа недостаточно: важно иметь возможность использовать получаемую информацию. Именно на это направлены требования к публичной власти в части опубликования информации в Интернете в форме открытых данных, что обеспечивает их представление в сети Интернет в свободном доступе без каких-либо ограничений на использование. Порядок отнесения информации к общедоступной, размещаемой государственными органами и органами местного самоуправления в сети Интернет в форме открытых данных, определяется Правительством России. Постановлением Правительства России от 10.07.2013 № 583 «Об обеспечении доступа к общедоступной информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления в информационно-телекоммуникационной сети Интернет в форме открытых данных»<sup>5</sup>. Утверждены Правила, которые установили порядок отнесения информации к общедоступной информации, размещаемой государственными органами и органами местного самоуправления в информационно-телекоммуникационной сети Интернет в форме открытых данных. При этом четко обозначена тенденция к расширению состава информации, которая может предоставляться в форме открытых данных.

Современные информационно-телекоммуникационные технологии позволяют реализовывать получение информации в форме открытых данных. Решение о возможности отнесения информации к общедоступной принимается государственным органом или органом местного самоуправления, в результате деятельности которых создается либо к которым поступает соответствующая информация. Государственный орган или орган местного самоуправления обеспечивает создание на своих официальных сайтах в сети Интернет-раздела «Открытые данные». В указанном разделе таких сайтов ведется реестр, включающий сведения об электронных документах, содержащих размещенную в форме открытых данных общедоступную информацию и позволяющих однозначно идентифицировать каждый набор данных и получить в автоматическом режиме ключевые параметры, которые характеризуют набор данных, включая его наименование, обладателя, гиперссылку на размещение в сети Интернет и формат.

Применительно к открытым данным важна еще одна норма. Если в государственных информационных системах осуществляется обработка общедоступной информации, предусмотренной перечнями, утверждаемыми в соответствии со ст. 14 Федерального закона от 9.02.2009 № 8-ФЗ, государственные информационные системы должны обеспечивать размещение такой информации в сети Интернет в форме открытых данных.

Как справедливо отмечает А.В. Мартынов, «открытые данные — это не только раскрытие информации о деятельности федеральных, региональных и муниципальных органов власти, это технологический инструмент, предоставляющий возможность, с одной стороны, активизировать общество и дать возможность некоммерческим организациям и просто активистам использовать эти первичные данные в рамках всевозможных общественных проектов и осуществления гражданского контроля за деятельностью власти. С другой стороны, это дает возможность бизнесу создавать полезные коммерческие продукты или улучшать уже имеющиеся»<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2013. № 30 (часть II). Ст. 4107.

<sup>6</sup> Мартынов А.В. Размещение открытых данных органами исполнительной власти и органами местного самоуправления как необходимое условие прозрачности и эффективности публичного управления // Административное право и процесс. 2015. № 6. С. 44–50.

Открытые данные тесным образом связаны со способом размещения информации в форматах, пригодных для последующей обработки и анализа, что позволяет обеспечить широкое повторное и свободное использование публичных государственных баз данных гражданами, бизнесом, средствами массовой информации и т.д.

Требование открытости публичной власти распространяется не только на органы государственной и муниципальной власти, но и на иные государственные органы, а также структуры, выполняющие публичные функции, и должностных лиц указанных структур, поскольку обслуживать общественно значимые, публичные интересы в определенных случаях могут и негосударственные структуры. Суть таких услуг как публичных от этого не меняется. Соответственно, указанные структуры должны обеспечивать тот же уровень информационной открытости, что и органы государственной и муниципальной власти, включая предоставление открытых данных.

Определенные публичные функции переданы государством, в том числе, саморегулируемым организациям (далее — СРО). Соответственно встает вопрос об обеспечении их информационной открытости. Законодатель решил этот вопрос, в частности, принятием Федерального закона от 07.06.2013 № 113-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам обеспечения информационной открытости саморегулируемых организаций».

Указанным Законом внесены изменения в Федеральный закон от 1.12. 2007 № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях»<sup>7</sup>. Согласно новой редакции ст. 7, саморегулируемая организация для обеспечения доступа к информации обязана создать и вести в информационно-телекоммуникационной сети Интернет сайт, в электронный адрес которого включено доменное имя, права на которое принадлежат этой саморегулируемой организации (официальный сайт). Этой же статьей определен перечень информации, которую саморегулируемая организация обязана размещать на своем официальном сайте. Документы и информация, размещаемые саморегулируемой организацией на официальном сайте, должны быть доступны для ознакомления без взимания платы.

Саморегулируемая организация наряду с раскрытием включенной в перечень информации, вправе раскрывать иную информацию о своей деятельности и деятельности своих членов в целях повышения качества саморегулирования и информационной открытости деятельности саморегулируемой организации и ее членов.

Принцип информационной открытости деятельности саморегулируемых организаций должен являться принципом работы любых СРО, поэтому соответствующие изменения были внесены и в другие федеральные законы, предусматривающие создание и деятельность саморегулируемых организаций. Так, например, были внесены изменения в Федеральный закон от 29.07.1998 № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»<sup>8</sup>, согласно которым саморегулируемые организации, действующие в данной сфере, обязаны в том числе «вести реестр членов саморегулируемой организации оценщиков и предоставлять доступ к информации, содержащейся в этом реестре, заинтересованным лицам».

КоАП РФ был дополнен ст. 14.52, устанавливающей ответственность за нарушение СРО, членство в которой в соответствии с федеральным законодательством является обязательным, обязанностей по раскрытию информации. К таким нарушениям отнесено неразмещение документов и информации на официальном сайте саморегулируемой

<sup>7</sup> СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6076.

<sup>8</sup> СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3813.

организации в сети Интернет в соответствии с установленными требованиями, размещение документов и информации, подлежащих обязательному размещению на официальном сайте саморегулируемой организации в Интернете, с нарушением требований к обеспечению доступа к этим документам и информации, а также требований к технологическим, программным, лингвистическим средствам обеспечения пользования сайтом такой саморегулируемой организации в Интернете, нарушение требования о наличии официального сайта саморегулируемой организации в Интернете.

Требования открытости деятельности не ограничиваются саморегулируемыми организациями. Ряд субъектов федерации принял близкие по содержанию законы и иные нормативные правовые акты, направленные на правовое обеспечение бесплатного доступа к информации о поставщиках социальных услуг, оказываемых ими услугах и их видах, сроках, порядке и об условиях их оказания, о тарифах на эти услуги, в том числе через средства массовой информации, включая размещение информации на официальных сайтах в Интернете<sup>9</sup>. Указанные нормативные правовые акты были приняты во исполнение требований Федерального закона от 28.12.2013 № 442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации»<sup>10</sup>. На федеральном уровне постановлением Правительства России от 24.11.2014 № 1239 утверждены Правила размещения и обновления информации о поставщике социальных услуг на официальном сайте поставщика социальных услуг в информационно-телекоммуникационной сети Интернет<sup>11</sup>.

Присутствие публичной власти в Интернете активно расширяется. «Информационное общество», «электронное государство», «электронное взаимодействие», «электронный документооборот» — не только дань времени — это объективная необходимость. По мере решения общих проблем становления электронного правительства (формирование единого пространства доверия электронной подписи, развитие системы межведомственного электронного взаимодействия, создание единой системы справочников и классификаторов, используемых в государственных (муниципальных) информационных системах) расширяется использование современных информационно-телекоммуникационных технологий для оказания государственных (муниципальных) услуг, что значительно ускоряет и упрощает их получение, расширяет доступ к ним граждан и организаций, снимает проблемы, связанные с удаленностью населенных пунктов от органов государственной (муниципальной) власти.

---

<sup>9</sup> См., напр.: Приказ Департамента социальной защиты населения Москвы от 19.11.2014 № 950 «Об утверждении Порядка обеспечения бесплатного доступа к информации о поставщиках социальных услуг, предоставляемых ими услугах, видах социальных услуг, сроках, порядке и об условиях их предоставления, о тарифах на эти услуги, в том числе через средства массовой информации, включая размещение информации на официальных сайтах в сети Интернет», постановление Правительства Санкт-Петербурга от 29.12.2014 № 12924 «Об обеспечения бесплатного доступа к информации о поставщиках социальных услуг, предоставляемых ими услугах, видах социальных услуг, сроках, порядке и об условиях их предоставления, о тарифах на эти услуги, в том числе через средства массовой информации, включая размещение информации на официальных сайтах в сети Интернет», приказ Минсоцразвития Новосибирской области от 22.10.2014 № 1236 «Об установлении Порядка обеспечения бесплатного доступа к информации о поставщиках социальных услуг, предоставляемых ими услугах, видах социальных услуг, сроках, порядке и об условиях их предоставления, о тарифах на эти услуги, в том числе через средства массовой информации, включая размещение информации на официальных сайтах в сети Интернет» // СПС КонсультантПлюс

<sup>10</sup> СЗ РФ. 2013. № 52. Ч. 1. Ст. 7007.

<sup>11</sup> СЗ РФ. 2014. № 48. Ст. 6875.

Авторы монографии «Институт государственных и муниципальных услуг в современном праве Российской Федерации» справедливо отмечают, что «идея о том, что государство должно иметь монополию на публичные услуги, сменяется идеей о делегировании функций власти частным предприятиям»<sup>12</sup>. Действительно, многие страны активно используют аутсорсинг отдельных государственных функций, при этом набор передаваемых функций весьма различается.

Аутсорсинг в сфере оказания государственных и муниципальных услуг позволяет оптимизировать деятельность субъектов, оказывающих государственные (муниципальные) услуги, путем передачи функции оказания государственной (муниципальной) услуги (ее части) либо вспомогательных внутренних функций на исполнение иным субъектам в целях улучшения качества осуществления передаваемой функции, повышения доступности государственной (муниципальной) услуги, снижения затрат или достижения иных положительных эффектов. При этом степень открытости информации об оказании услуги не должна быть снижена.

В Федеральном законе от 27.07.2010 № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»<sup>13</sup> отдельная глава посвящена использованию информационно-телекоммуникационных технологий при предоставлении государственных и муниципальных услуг. Одним из основных принципов законодатель указал на возможность получения государственных и муниципальных услуг в электронной форме, если это прямо не запрещено законом. При этом форма получения услуг определяется по выбору заявителя в рамках форм, предусмотренных российским законодательством.

Электронные услуги — это прежде всего возможность выполнения установленных процедур с использованием информационных технологий и сетей дистанционно, без непосредственного личного присутствия<sup>14</sup>. Сеть Интернет может использоваться на разных этапах оказания государственных и муниципальных услуг в электронной форме. Широко распространена предварительная электронная запись. Она может осуществляться следующими способами по выбору заявителя:

- через официальный сайт Росреестра в сети Интернет;
- через Единый портал государственных услуг.

Отдельные услуги могут быть полностью переведены в электронную форму. При оказании государственной услуги в электронной форме обеспечиваются:

предоставление в установленном порядке заявителям информации о ходе оказания государственной услуги;

подача гражданином заявления и иных необходимых документов, с использованием информационно-технологической и коммуникационной инфраструктуры, в том числе Единого портала.

Получение государственных и муниципальных услуг в электронной форме возможно, если это не запрещено законом, а также с учетом характера самой услуги.

Для обеспечения оказания государственных и муниципальных услуг в электронной форме созданы и ведутся реестры государственных и муниципальных услуг в электронной форме с использованием государственных и муниципальных информационных систем, созданы порталы государственных и муниципальных услуг, в том числе Единый

<sup>12</sup> Институт государственных и муниципальных услуг в современном праве Российской Федерации / С.А. Васильев, Е.Ю. Грачева, Е.Н. Дорошенко и др.; отв. ред. В.И. Фадеев. М., 2016. 208 с.

<sup>13</sup> СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4179.

<sup>14</sup> См. подробнее: Публичные услуги и право. М., 2007.

портал государственных и муниципальных услуг<sup>15</sup>, который является федеральной государственной информационной системой, обеспечивающей предоставление государственных и муниципальных услуг и доступ заявителей к сведениям о государственных и муниципальных услугах.

Единый портал государственных и муниципальных услуг обеспечивает доступ заявителей к сведениям о государственных и муниципальных услугах, возможность копирования и заполнения в электронной форме запроса и иных документов, необходимых для получения государственной или муниципальной услуги, возможность подачи с использованием информационно-телекоммуникационных технологий запроса в электронной форме об оказании государственной или муниципальной услуги, возможность получения сведений о ходе выполнения запроса, возможность получения в электронной форме результатов предоставления государственной или муниципальной услуги; возможность оплаты с использованием электронных средств платежа государственных и муниципальных услуг в установленных случаях.

Вместе с тем не все проблемы в сфере государственных и муниципальных услуг решены. В частности, острой остается проблема идентификации, хранения электронных документов и др. При обращении за государственной или муниципальной услугой в электронной форме необходима идентификация, осуществляемая с помощью электронной подписи. В связи с этим важным является определение видов электронной подписи, которые могут быть использованы в различных ситуациях. При этом подавляющее большинство населения нашей страны не имеет электронных подписей. Решение указанных вопросов возложено на Правительство России. Так, постановлением Правительства России от 25.01.2013 №33 «Об использовании простой электронной подписи при оказании государственных и муниципальных услуг»<sup>16</sup> утверждены Правила использования простой электронной подписи при оказании государственных и муниципальных услуг, которые содержат требования, которым должны соответствовать простые электронные подписи и (или) технологии их создания; способы установления личности лица при выдаче ему ключа простой электронной подписи в целях получения государственных и муниципальных услуг. Доступность простых электронных подписей обеспечивается требованием, согласно которому получение любыми лицами ключей простых электронных подписей для использования в целях получения государственных и муниципальных услуг — бесплатно.

Запрос и иные документы, подписанные простой электронной подписью, признаются равнозначными запросу и иным документам, подписанным собственноручной подписью на бумажном носителе, если федеральными законами или иными нормативными правовыми актами не установлен запрет на обращение за получением государственной или муниципальной услуги в электронной форме.

Большое значение для организации оказания государственной или муниципальной услуги в электронной форме имеет постановление Правительства России от 26.03.2016 № 236 «О требованиях к предоставлению в электронной форме государственных и муниципальных услуг»<sup>17</sup>, в котором установлены действия, которые заявитель может со-

---

<sup>15</sup> 15.12.2009 начал работу Общероссийский портал государственных услуг [www.gosuslugi.ru](http://www.gosuslugi.ru). Изначально его работа сводилась к систематизации информации об услугах, но постепенно все больше услуг можно получить в электронном виде.

<sup>16</sup> СЗ РФ. 2013. № 5. Ст. 377.

<sup>17</sup> СЗ РФ. 2016. № 15. Ст. 2084.

вершать при оказании услуг в электронной форме (включая получение результата услуги) посредством федеральной государственной информационной системы «Единый портал государственных и муниципальных услуг (функций)», порталов государственных и муниципальных услуг субъектов федерации, а также официальных сайтов органов государственной власти и органов местного самоуправления.

На повышение эффективности государственного управления существенное влияние призвана оказать Программа «Цифровая экономика Российской Федерации». Из ее названия очевидно, что речь идет о существенных преобразованиях, в том числе и в государственном управлении на основе использования современных информационных технологий. Данная программа определяет цели и задачи развития цифровой экономики — экономического уклада, характеризующегося переходом на качественно новый уровень использования ИКТ во всех сферах социально-экономической деятельности, в том числе и в сфере государственного управления.

Использование информационно-телекоммуникационных технологий в сфере государственного управления позволит обеспечить переход на преимущественно дистанционное взаимодействие с государственными органами, автоматизировать процедуры государственных услуг, в том числе по экстерриториальному принципу.

Рассматривая присутствие публичной власти в Интернете, нельзя не остановиться на проблеме информационной безопасности. Применение современных информационных технологий влечет за собой новые вызовы и угрозы, в том числе деятельности государственных структур. Ежедневно на сайты государственных и муниципальных органов совершается множество хакерских атак. Обеспечение информационной безопасности предполагает прежде всего определение угроз безопасности соответствующего субъекта, в том числе угроз государственным органам исполнительной власти в информационной сфере, а также адекватный выбор и применение адекватных средств защиты от этих угроз, что может быть достигнуто только комплексным использованием средств защиты от каждого вида угроз в рамках единой государственной политики, учитывающей, разумеется, федеральный и региональный уровни, которые должны быть взаимосвязаны.

Основы государственной политики в сфере информационной безопасности закреплены в Доктрине информационной безопасности Российской Федерации, утвержденной Указом Президента России от 05.12.2016 № 646<sup>18</sup>, которой в том числе определены стратегические цели и основные направления обеспечения информационной безопасности с учетом стратегических национальных приоритетов, которые впоследствии находят закрепление в нормативных правовых актах.

В частности, на обеспечение информационной безопасности направлены требования ч. 2.1. ст. 13 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», в соответствии с которой «технические средства информационных систем, используемых государственными органами, органами местного самоуправления, государственными и муниципальными унитарными предприятиями или государственными и муниципальными учреждениями, должны размещаться на территории Российской Федерации». Это требование направлено на пресечение практики, при которой информационные ресурсы ряда российских государственных органов, органов местного самоуправления хранятся с использованием облачных технологий и вычислительных мощностей иностранных государств, при этом зачастую определить, где, в каком государстве расположены вычислительные мощности, невозможно. При таком

<sup>18</sup> СЗ РФ. 2016. № 50. Ст. 7074.

подходе реализовать информационную безопасность весьма затруднительно. В связи с этим поставлена задача развивать собственные вычислительные мощности для использования облачных технологий.

Одним из документов, направленных на информационную безопасность, является Указ Президента России от 22.05.2015 № 260 «О некоторых вопросах информационной безопасности Российской Федерации»<sup>19</sup>. Согласно ему сегмент международной компьютерной сети Интернет для федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов РФ, находящийся в ведении Федеральной службы охраны, преобразован в российский государственный сегмент информационно-телекоммуникационной сети Интернет. Отмечается, что подключение российских госорганов к Интернету должно происходить по «защищенным» каналам связи с использованием шифровальных средств. Данным Указом утвержден Порядок подключения информационных систем и информационно-телекоммуникационных сетей к информационно-телекоммуникационной сети Интернет и размещения (публикации) в ней информации<sup>20</sup>.

Существенную угрозу деятельности органов публичной власти несут сайты-зеркала. Эту проблему законодатель попытался решить, но весьма однобоко: согласно Федеральному закону от 01.07.2017 № 156-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»<sup>21</sup> с 1.10.2017 можно добиться блокировки «зеркал» пиратских сайтов, нарушающих исключительные права. Но новеллы закона распространяются только на защиту правообладателей, хотя сайты-зеркала создаются и в других сферах и целях, в том числе в публичной сфере. Сайты-зеркала могут использоваться как в правомерных, так и в противоправных целях. В свою очередь, противоправные цели направлены не только на неправомерное размещение информации, содержащей объекты авторских или смежных прав, но и на размещение информации, направленной на пропаганду войны, разжигание национальной, расовой или религиозной ненависти и вражды, вредной информации, а также иной информации, за распространение которой предусмотрена уголовная или административная ответственность. Значительная часть сайтов-зеркал создается в мошеннических целях (например, сайты-двойники сайтов банков).

Сайты-двойники сайтов органов государственной власти и органов местного самоуправления изменяют информацию, по сути они проводят активную дезинформацию населения.

По новому закону копии заблокированного сайта будут также блокироваться по обращению правообладателя при определенных условиях. Поисковые системы теперь обязаны прекращать выдачу ссылок на «пиратские» сайты и торрент-трекеры, а также их «зеркала» по решению Мосгорсуда. Кроме того, Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» дополнен статьей, касающейся порядка ограничения доступа к копиям заблокированных сайтов. Новой нормой устанавливается запрет на размещение в Интернете таких копий. При их обнаружении Роскомнадзор будет направлять операторам связи требование о принятии мер по ограничению

---

<sup>19</sup> СЗ РФ. 2015. № 21. Ст. 3092.

<sup>20</sup> Процедура и технические условия подключения информационных систем и информационно-телекоммуникационных сетей к информационно-телекоммуникационной сети Интернет и размещения (публикации) в ней информации определены в Положении о российском государственном сегменте информационно-телекоммуникационной сети Интернет, утвержденном приказом ФСО России от 07.09.2016 № 443.

<sup>21</sup> СЗ РФ. 2017. № 27. Ст. 3953.

доступа к ним, а также требование к операторам поисковых систем о прекращении выдачи сведений о них.

Однако данная проблема шире, чем защита авторских и смежных прав, и требует более полного и комплексного решения, направленного на борьбу с сайтами-зеркалами в целом.



## Библиография

Агеев А.С. Проблемы реализации права на доступ к информации, нашедшие отражение в практике Конституционного Суда РФ // Конституционное и муниципальное право. 2016. № 2. С. 34–37.

Амелин Р.В. Правовой режим информационных ресурсов государственных информационных систем // Информационное право. 2016. № 4. С. 8–12.

Бойченко И.С. Правовое обеспечение электронного взаимодействия при формировании информационного общества в Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2017. № 1. С. 38–44.

Бояринцева О.А. Особенности правовой природы баз данных, формируемых и используемых в сфере государственного и муниципального управления // Административное и муниципальное право. 2016. № 11. С. 934–940.

Институт государственных и муниципальных услуг в современном праве Российской Федерации: монография / С.А. Васильев, Е.Ю. Грачева, Е.Н. Дорошенко и др.; отв. ред. В.И. Фадеев. М.: НОРМА, 2016. 208 с.

Кирилловых А.А. Законодательство об электронных документах и их архивах: проблемы становления и перспективы развития // Законодательство и экономика. 2015. № 11. С. 23–36.

Кузнецов С.Л. Организация архива электронных документов. Практические аспекты и перспективы // Жилищное право. 2016. № 3. С. 97–111.

Кузнецова Н.В. Информационная функция саморегулируемых организаций // Предпринимательское право. 2015. № 4. С. 25–33.

Малинин В.Б. Правовое регулирование информации // Ленинградский юридический журнал. 2015. № 3. С. 120–129.

Мартынов А.В. Размещение открытых данных органами исполнительной власти и органами местного самоуправления как необходимое условие прозрачности и эффективности публичного управления // Административное право и процесс. 2015. № 6. С. 44–50.

Минбалеев А.В. Основы правового регулирования сети Интернет // Право и кибербезопасность. 2014. № 1. С. 20–26.

Околеснова О.А. Раскрытие информации как форма обеспечения доступа к информации, составляющей общественный интерес // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 5. С. 794–798.

Попова Н.Н. К вопросу о правовом режиме информации // Современный юрист. 2015. № 2. С. 49–58.

Публичные услуги и право / под ред. Ю.А. Тихомирова. М.: Норма, 2007. 416 с.

Талапина Э.В. Право на информацию в свете теории субъективного публичного права // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 6. С. 70–83.

---

## Public Power on the Internet



### Ludmila K. Tereshchenko

Professor, Deputy Head, Department of Administrative Legislation and Procedure, Institute of Legislation and Comparative Legislation under Government of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 21 Kolomenskaya Str., Moscow 115142, Russian Federation. E-mail: ltereschenko@hse.ru



## Abstract

State and municipal bodies use actively the Internet to implement tasks. The paper studies various aspects of the presence of public power on the Internet, execution of state functions in digital environment, in particular securing openness of public power, providing electronic state and municipal services, their outsourcing and accompanying issues of information security including scraper sites and identification when rendering state and municipal services electronically. Besides, the requirement of the openness of public power covers other state bodies and the structures performing public functions and the officials. Non-state structures may also satisfy publicly relevant interests primarily when outsourcing some functions of state and municipal bodies. Hence, these structures should maintain a level of information openness equal to state and municipal bodies including the provision of information. Some public functions are transmitted by the state in particular to self-regulated organizations. Hence, the question arises on securing their information openness. The information openness principle applied to self-governing organizations should be a principle for any self-regulated organizations, which is why the changes have touched upon other federal laws providing for the activity of such organizations. The requirement of open activity are not limited to self-regulated organizations. A number of the Russian Federation constituent entities have adopted similar laws and rules targeting legal security of free access to information on the providers of social services, the services, terms, order, conditions, tariffs on the services in mass media and Internet official websites.



## Keywords

public power, executive bodies, Internet, state services, public services, information openness, security, information technologies, unitary portal of state and municipal services

Citation: Tereschenko L.K. (2017) The Public Power on Internet. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 144–157 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.144.157



## References

Ageev A.S. (2016) Problemy realizatsii prava na dostup k informatsii, nashedshie otrazhenie v praktike Konstitutsionnogo Suda RF [Implementing right to the access to information] *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no. 2, pp. 34–37.

Amelin R.V. (2016) Pravovoy rezhim informatsionnykh resursov gosudarstvennykh informatsionnykh sistem [Legal regime of information resources of state information systems]. *Informatsionnoe pravo*, no. 4, pp. 8–12.

Boyarintseva O.A. (2016) Osobennosti pravovoy prirody baz dannykh, formiruemykh i ispol'zuemykh v sfere gosudarstvennogo i munitsipal'nogo upravleniya [Legal nature of data bases formed and used in state and municipal management]. *Administrativnoe i munitsipal'noe pravo*, no. 11, pp. 934–940.

Boychenko I.S. (2017) Pravovoe obespechenie elektronnoho vzaimodeystviya pri formirovani informatsionnogo obshchestva v Rossiyskoy Federatsii [Legal security of electronic interaction in shaping information society in the RF]. *Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie*, no. 1, pp. 38–44.

Kirillovykh A.A. (2015) Zakonodatel'stvo ob elektronnykh dokumentakh i ikh arkhivakh: problemy stanovleniya i perspektivy razvitiya [Law on e-documents and their archives: development and prospects]. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no. 11, pp. 23–36.

Kuznetsov S.L. (2016) Organizatsiya arkhiva elektronnykh dokumentov. Prakticheskie aspekty i perspektivy [E-document archive. Practice and prospects]. *Zhishchnoe pravo*, no. 3, pp. 97–111.

Kuznetsova N.V. (2015) Informatsionnaya funktsiya samoreguliruemyykh organizatsiy [Informational function of self-regulated organizations]. *Predprinimatel'skoe pravo*, no. 4, pp. 25–33.

Malinin V.B. (2015) Pravovoe regulirovanie informatsii [Legal regulation of information]. *Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal*, no. 3, pp. 120–129.

Martynov A.V. (2015) Razmeshchenie otkrytykh dannykh organami ispolnitel'noy vlasti i organami mestnogo samoupravleniya kak neobkhodimoe uslovie prozrachnosti i effektivnosti publichnogo upravleniya [Open access data of executive power and local administration bodies as a prerequisite for transparent public administration]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no. 6, pp. 44–50.

Minbaleev A.V. (2014) Osnovy pravovogo regulirovaniya seti Internet [Legal regulation of the Internet]. *Pravo i kiberbezopasnost'*, no. 1, pp. 20–26.

Okolesnova O.A. (2014) Raskrytie informatsii kak forma obespecheniya dostupa k informatsii, sostavlyayushchey obshchestvenny interes [Disclosure of information as a form of access to the information relevant to public]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no. 5, pp. 794–798.

Popova N.N. (2015) K voprosu o pravovom rezhime informatsii [On the legal regime of information]. *Sovremennyy yurist*, no. 2, pp. 49–58.

Tikhomirov Yu.A. (ed.) (2007) *Publichnye uslugi i pravo* [Public services and law]. Moscow: Norma, 416 p. (in Russian)

Talapina E.V. (2016) Pravo na informatsiyu v svete teorii sub"ektivnogo publichnogo prava [Right to information in light of subjective public law]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 6, pp. 70–83.

Vasil'ev S.A., Gracheva E.Yu., Doroshenko E.N., Fadeev V.I. (2016) *Institut gosudarstvennykh i munitsipal'nykh uslug v sovremennom prave Rossiyskoy Federatsii* [Institute of State and municipal services in Russian modern law]. Moscow: NORMA, 208 p. (in Russian)

# Перспективы судебного обжалования отказа в регистрации списка кандидатов непарламентских политических партий



**Я.А. Коновальчиков**

аспирант кафедры конституционного и муниципального права Сибирского института управления. Адрес: 630102 Российская Федерация, Новосибирск, ул. Нижегородская, 6. E-mail: jarush999@mail.ru



## Аннотация

Как показала последняя избирательная кампания, прошедшая в единый день голосования 13 сентября 2015 года, проблема недействительности подписей избирателей в подписных листах, представляемых для регистрации списка кандидатов непарламентских политических партий для участия в выборах, стала одной из основных. Последняя тенденция такова, что политические партии стараются переложить решение этой проблемы на суды. Однако задача у судебных органов другая: восстановление нарушенных прав, но не перепроверка подписных листов. В связи с этим предметом исследования в настоящей статье являются решения высших судов Российской Федерации по вопросам избирательного права. Автор ставит перед собой цель определить основную причину, которая не позволяет оспорить в суде решение избирательной комиссии об отказе в регистрации списка кандидатов. Для достижения поставленной цели используются общенаучные методы познания (анализ, обобщение, логические выводы), а также метод системного анализа юридических явлений. В результате исследования автор приходит к выводу, что существует несколько причин, в том числе несовершенство юридической процедуры проверки подписных листов. Также стоит отметить, что партии не используют в полном объеме свои права на стадии досудебного урегулирования споров в избирательных комиссиях, что также становится немаловажным фактором в степени защищенности их прав. С целью совершенствования правового механизма проверки подписных листов автор предлагает наделить политические партии правом заявлять ходатайства о вызове в избирательную комиссию тех избирателей, чьи подписи были признаны недостоверными, предъявлять надлежащим образом заверенные заявления избирателей, поставивших подпись в поддержку списка кандидатов, а также ходатайства об уточнении информации, содержащейся в справках органа, осуществляющего регистрацию граждан Российской Федерации. Обращение за судебной защитой в связи с отказом избирательных комиссий в регистрации списка кандидатов должно являться крайней формой защиты избирательных прав.



## Ключевые слова

подписные листы, комиссии, суды, политические партии, избирательные споры, недействительные подписи.

Библиографическое описание: Коновальчиков Я. А. Перспективы обжалования судебного отказа в регистрации списка кандидатов непарламентских политических партий // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 158–164.

JEL: K1; УДК: 342.8

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.158.164

Сбор подписей в поддержку списка кандидатов — это способ для «непарламентских» политических партий быть допущенными к участию в выборах. Для участия в выборах депутатов Законодательного Собрания Новосибирской области шестого созыва, которые состоялись в единый день голосования 13 сентября 2015 года, подали документы 15 партий. Из них пять парламентских партий были освобождены от сбора подписей избирателей, две предъявили необходимое количество достоверных подписей, восьми партиям было отказано в регистрации списка кандидатов ввиду отсутствия необходимого количества достоверных подписей избирателей. За судебной защитой обратились только две партии — Региональное отделение «Республиканской партии России — Партии народной свободы» в Новосибирской области и Региональное отделение Всероссийской политической партии «Родина» в Новосибирской области. Однако оспорить постановления Избирательной комиссии Новосибирской области ни в Центральной избирательной комиссии Российской Федерации (далее — ЦИК РФ), ни в суде им не удалось. Необходимо отметить, что такая неутешительная статистика характерна и для других регионов. Более удачливым оказалось Региональное отделение Костромской области «Республиканской партии России — Партии народной свободы». ЦИК РФ отменила постановление Избирательной комиссии Костромской области и обязала рассмотреть вопрос повторно. 83 подписи избирателей в поддержку партии были исключены из числа недействительных. Этого стало достаточным для регистрации партийного списка кандидатов для участия в выборах в Костромскую областную думу<sup>1</sup>.

Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» №67-ФЗ от 12.06. 2002<sup>2</sup> устанавливает, что проверке подлежат не менее 20% от установленного законом необходимого для регистрации списка кандидатов количества подписей, отобранных для проверки посредством случайной выборки (жеребья). Количество проверяемых подписей определяется решением избирательной комиссии субъекта федерации. Выявление 10 и более процентов недостоверных подписей от общего количества подписей, отобранных для проверки, является основанием для отказа в регистрации списка кандидатов. К проверке могут привлекаться эксперты из числа специалистов органов внутренних дел, органов регистрационного учета граждан России, а также иных государственных органов. Заключение экспертов является основанием для признания недостоверными содержащихся в подписных листах сведений об избирателях и их подписей и излагаются в письменной форме в ведомостях проверки подписных листов. Проверке подлежат указываемые избирателями в подписных листах сведения, к которым относятся фамилия, имя, отчество, год рождения (в возрасте 18 лет на день голосования — дополнительно число и месяц рождения), место жительства, серия, номер паспорта или документа, заменяющего паспорт гражданина.

Подписные листы являются одним из наиболее важных избирательных документов, обеспечивающих процесс реализации пассивного избирательного права и позволяющих проверить поддержку кандидата (избирательного объединения) избирателями, а ведомость проверки подписных листов служит средством определения соблюдения требований законодательства при оформлении подписных листов<sup>3</sup>. Именно поэтому

<sup>1</sup> Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 13.08.2015 № 297/1711-6 [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.cikrf.ru/law/decreed\\_of\\_ccc/2015/08/13/297-1711-6.html](http://www.cikrf.ru/law/decreed_of_ccc/2015/08/13/297-1711-6.html) (дата обращения: 10.04.2016)

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253.

<sup>3</sup> Макарецев А.А. Понятие, система и содержание избирательных документов: конституционно-правовые аспекты // Вестник НГУ. Серия: Право. 2011. Т. 7. Вып. 1. С. 61–82.

действующее избирательное законодательство устанавливает процедуру проверки. Кандидаты и представители политических партий имеют право присутствовать при проверке подписей, заявлять возражения, получать копии итогового протокола, ведомостей проверки подписных листов, в которых указываются основания признания подписей избирателей недостоверными и недействительными, копии официальных документов, на основании которых соответствующие подписи были признаны недостоверными и недействительными.

К сожалению, политические партии редко в полном объеме используют этот правовой механизм, считая, что в силу ч. 7 ст. 38 Федерального закона № 67-ФЗ надежнее обратиться за повторной проверкой подписных листов в суд. По их мнению, в суде, основываясь на нормах не избирательного, а процессуального законодательства, можно использовать более широкий арсенал юридических средств. Однако в судебном заседании доводы политических партий о назначении судебной почерковедческой экспертизы подписей, признанных недостоверными, отклоняются, поскольку порядок проверки подписей установлен избирательным законодательством и почерковедческой экспертизы не предусматривает<sup>4</sup>. Согласно Постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации<sup>5</sup>, при рассмотрении заявлений об оспаривании решений избирательной комиссии об отказе в регистрации кандидата в связи с недостаточным количеством достоверных подписей Федеральный закон «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» от 31.05.2001 № 73-ФЗ<sup>6</sup> не распространяется на отношения, связанные с проверкой подписей избирателей. Порядок проверки таких подписей установлен п. 3–7 ст. 38 Федерального закона № 67-ФЗ.

Также судами отклоняются ходатайства политических партий о приобщении письменных заявлений избирателей, чьи подписи были признаны недостоверными, о собственноручном проставлении подписи и даты ее внесения. В обоснование суды указывают, что это не имеет правового значения, так как избирательное законодательство не содержит предписаний о допустимости опроса лиц на предмет принадлежности им подписей в поддержку кандидатов в депутаты<sup>7</sup>. Отвергается судами и применение аналогии закона по предоставлению ходатайств о вызове в судебное заседание тех избирателей, чьи подписи были признаны недостоверными в листе поддержки кандидата на выборах высшего должностного лица субъекта Российской Федерации при сомнении в ее достоверности<sup>8</sup>.

Попытки политических партий оспорить заключения Федеральной миграционной службы России также не приносят успеха, поскольку суды считают такие заключения допустимым доказательством в силу того, что миграционная служба является органом, осуществляющим регистрацию граждан Российской Федерации по месту пребывания и месту жительства, в связи с чем располагает необходимыми для проверки сведениями<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Определение Верховного Суда Российской Федерации от 12.09.2015 № 93-АПП15-6 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.vsr.ru> (дата обращения: 21.10.2015)

<sup>5</sup> Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31.02.2011 № 5 «О практике рассмотрения судами дел о защите избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // Российская газета. 2011. № 75.

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2291.

<sup>7</sup> Определение Верховного Суда Российской Федерации от 12.09.2015 №93-АПП15-6 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.vsr.ru> (дата обращения: 21.10.2015)

<sup>8</sup> Там же.

<sup>9</sup> Определение Верховного Суда Российской Федерации от 07.09.2015 №67-АПГ15-54 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.vsr.ru> (дата обращения: 21.10.2015)

Даже имеющиеся в заключениях орфографические ошибки и опiski в наименовании улиц муниципальных образований не влияют на правильность их восприятия и понимания<sup>10</sup>.

В 2011 году Конституционный Суд Российской Федерации (далее — Конституционный Суд) дал оценку конституционности особого, установленного избирательным законодательством, порядка проверки подписных листов. Согласно определению Конституционного Суда от 08.12.2011 № 1629-О-О, суд отказал в удовлетворении ходатайств о вызове в судебное заседание тех избирателей, чьи подписи были признаны недостоверными, поскольку их недостоверность надлежащим образом подтверждена заключениями экспертов, привлеченных избирательной комиссией к проверке. Как считают заявители, избирательный закон устанавливает специальный порядок признания подписей избирателей недостоверными (на основании заключения эксперта), а возможность проверки их достоверности посредством допроса в судебном заседании самих избирателей законом не предусмотрена, что исключает возможность оспорить в суде заключение эксперта, использовав показания самих избирателей.

В данном случае Конституционный Суд счел, что оспариваемые законоположения не устанавливают правил доказывания в гражданском судопроизводстве, включая производство по делам о защите избирательных прав; они сами по себе не препятствуют ни вызову в суд свидетелей, ни их допросу, ни совершению иных процессуальных действий по доказыванию или оценке и проверке доказательств, включая заявление ходатайств и назначение судебных экспертиз, хотя и не обязывают суд к ее назначению по каждому делу и каждому ходатайству о ее проведении. Заключение эксперта необходимо для принятия соответствующих решений избирательными комиссиями, а не судом. Оспариваемые законоположения не определяют доказательственной силы такого заключения для суда и не делают это заключение неопровержимым<sup>11</sup>.

Также Конституционный Суд по жалобе «Республиканской партии России — Партии народной свободы» в Новосибирской области дал оценку конституционности нормы, согласно которой подпись признается недействительной только при наличии официальной справки органа, осуществляющего регистрацию граждан России по месту пребывания и по месту жительства в пределах России, либо на основании заключения эксперта, привлеченного к проверке. По мнению заявителя, оспариваемые законоположения не позволяют избирательному объединению оспаривать достоверность сведений, содержащихся в официальной справке уполномоченного государственного органа, предъявлять доступные ему доказательства в подтверждение своих доводов и устанавливают тем самым для избирательного объединения ограничения на выдвижение списка кандидатов в депутаты. Конституционный Суд вновь указал, что положения избирательного законодательства не могут рассматриваться как препятствующие вызову в суд свидетелей, их допросу, совершению иных процессуальных действий по доказыванию или оценке и проверке доказательств, включая заявление ходатайств и назначение судебных экспертиз. Суд не может быть связан исключительно данными официальной справки уполномоченного государственного органа, использованной избирательной комиссией, он вправе запросить информацию, необходимую для проверки достоверности сведений, содержащихся в подписных листах, при наличии сомнений в обосно-

<sup>10</sup> Определение Верховного Суда Российской Федерации от 31.08.2015 №67-АПГ15-51 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.vsrfg.ru> (дата обращения: 21.10.2015)

<sup>11</sup> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 08.12.2011 № 1629-О-О [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.ksrf.ru/> (дата обращения: 10.04.2016)

ванности выводов избирательной комиссии об их несоответствии действительности и должен выносить свое решение на основе оценки всей совокупности доказательств<sup>12</sup>.

В результате политические партии пытаются использовать альтернативные пути. Например, Санкт-Петербургское региональное отделение Партии народной свободы обратилось в ЦИК с просьбой создать сервис, с помощью которого кандидаты могли бы самостоятельно проверять достоверность подписей избирателей в их поддержку до сдачи в региональные избирательные комиссии. Партия предлагает дополнить паспортными данными уже имеющуюся возможность сверять через сайт фамилию, имя и отчество, дату рождения и адрес регистрации избирателя с информацией в ГАС «Выборы»<sup>13</sup>. Однако методы политических партий могут быть и неправовыми. Так, Ленинский районный суд Костромы приступил к рассмотрению дела сопредседателя Санкт-Петербургского регионального отделения Партии народной свободы, обвиняемого в незаконном доступе к закрытой базе данных. По версии следствия, в июле 2015 года сотрудником отдела МВД был незаконно открыт доступ к базе данных министерства внутренних дел, содержащей анкетные и паспортные данные жителей области. Используя доступ, обвиняемый изучил данные граждан в подписных листах, предназначенных для предоставления в избирательную комиссию Костромской области для участия в выборах<sup>14</sup>.

Учитывая правоприменительную практику, на наш взгляд, недостатком юридического механизма проверки подписных листов является отсутствие правовых средств защиты у политических партий, которые могли бы применяться при проверке подписных листов в избирательной комиссии. Политические партии следует наделить правом заявлять ходатайства о вызове в избирательную комиссию тех избирателей, чьи подписи были признаны недостоверными, либо правом предъявлять надлежащим образом заверенные заявления избирателей, поставивших подпись в поддержку списка кандидатов, а также ходатайства об уточнении информации, содержащейся в справках органа, осуществляющего регистрацию граждан по месту жительства или месту пребывания. С целью сокращения времени на проверку подписных листов такая процедура должна быть закреплена в избирательном законе. Судебное обжалование решений избирательных комиссий об отказе в регистрации списка кандидатов должно являться крайней формой защиты избирательных прав.



### Библиография

- Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. М.: РЮИД, 2000. 528 с.
- Авакьян С.А. Политический плюрализм и общественные объединения в Российской Федерации: Конституционно-правовые основы. М.: РЮИД, 1996. 359 с.
- Белоновский В.Н. Избирательное право. Особенная часть. М.: Евразийский открытый институт, 2008. 387 с.
- Веденеев Ю.А. Избирательное право и избирательный процесс в решениях Конституционного суда Российской Федерации. М.: Норма, 2000. 700 с.
- Дмитриев Ю.А. Избирательное право. М.: Юстицинформ, 2008. 312 с.

<sup>12</sup> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 10.02.2016 № 216-О [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.ksrf.ru/> (дата обращения: 10.04.2016)

<sup>13</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://kommersant.ru/doc/2952059> (дата обращения: 02.04.2016)

<sup>14</sup> Ленинский районный суд Костромы. Дело № 1-77/2016 [Электронный ресурс]: // URL: <https://leninsky-kst.sudrf.ru> (дата обращения: 19.04.2016)

Заславский С.Е. Политические партии России: проблемы правовой институционализации. М.: Институт права и публичной политики, 2003. 300 с.

Зорькин В.Д. Правовые основы российской многопартийности и практика Конституционного Суда // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 6. С. 37–45.

Комментарий к Федеральному закону от 11.07.2001 № 95-ФЗ «О политических партиях» / Воробьев Н.И., Голушков Д.И., Митин Г.Н. // СПС КонсультантПлюс.

Лапаева В.В. Закон о политических партиях: вопросы взаимодействия партий с государством // Журнал конституционного правосудия. 2002. № 4. С. 14–22.

Макарцев А.А. Неопределенность норм избирательного права // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 4. С. 43–46.

Макарцев А.А. Понятие, система и содержание избирательных документов: конституционно-правовые аспекты // Вестник НГУ. Серия: Право. 2011. Вып. 1. С. 61–82.

Матейкович М.С. Защита избирательных прав граждан в Российской Федерации. М.: Изд-во МГУ, 2003. 304 с.

Овсепян Ж.И. Конституция Российской Федерации как основа формирования политических партий и осуществления партийно-политических проектов // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 11. С. 31–38.

Постников А.Е. Конституционно-правовые основы взаимодействия политических партий и государства // Журнал российского права. 2013. № 5. С. 5–12.

Юдин Ю.А. Политические партии и право в современном государстве. М.: ФОРУМ-ИНФРА-М, 1998. 285 с.

---

## Prospects for Judicial Review of Refusal to Register Candidate Lists of Non-Parliamentary Parties



**Yaroslav Konovalchikov**

Postgraduate Student, Chair of Constitutional and Municipal Law, Siberian Institute of Management. Address: 6 Nizhegorodskaja Str., Novosibirsk 630102, Russian Federation. E-mail: jarush999@mail.ru.



### Abstract

As was shown by the last election campaign, held on the single voting day on 13 September 2015, the issue of invalid signatures in signature sheets submitted for registration of lists of candidates “non-parliamentary” political parties to participate in elections, was one of the main. The latest trend is that parties try to shift the solution of this problem on the courts. However, the task of the judiciary is different: the restoration of violated rights, but not the verification of the signature sheets. In this regard, subject of study are the decisions of the superior courts of the Russian Federation on voting rights. The author purposes are to determine the root cause, which makes it impossible to challenge in court the decision of the election commission on refusal to register the list of candidates. To achieve this goal are used general research methods of cognition (analysis, synthesis, inferences), as well as the method of system analysis of legal phenomena. In result of the research the author comes to the conclusion that there are several reasons, including the imperfection of the legal procedure of verification of signature sheets. It is also worth noting that political parties do not use in full their rights in pre-trial settlement of disputes in the electoral commissions, which also becomes an important factor in the protection of their rights. With the aim of improving the legal mechanism of verification of signature sheets, the author proposes to supply political parties the right to petition to challenge the electoral commission those voters whose signatures were found to be inaccurate, submit a properly authenticated statement of voters signed in support of list of candidates, as well as a request for clarification of information contained in a certificate of the authority conducting the registration of citizens of the Russian Federation. Appeal for judicial protection in connection with the refusal of election commissions to register the list of candidates must be an extreme form of protection of electoral rights of the citizens.



## Keywords

signature sheets, commissions, courts, political parties, electoral disputes, invalid signature.

Citation: Konovalchikov Ya. A. (2017) Prospects for Judicial Review of Refusals to Register Candidates Lists of Non-Parliamentary Parties. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 158–164 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.158.164



## References

Avak'yan S.A. (2000) *Konstitutsiya Rossii: priroda, evolyutsiya, sovremennost'*. [The Constitution of Russia: nature, evolution, modernity]. Moscow: Ryuid, 528 p.

Avak'yan S.A. (1996) *Politicheskiy plyuralizm i obshchestvennye ob'edineniya v Rossiyskoy Federatsii: Konstitutsionno-pravovye osnovy* [Political pluralism and public associations in Russia: Constitutional base]. Moscow: Ryuid, 359 p.

Belonovskiy V.N. (2008) *Izbratel'noe pravo. Osobennaya chast'* [Suffrage. Special part]. Moscow: Eurasian Open Institute Press, 387 p.

Dmitriev Yu.A. (2008) *Izbratel'noe pravo* [Electoral law]. Moscow: Justitzinform, 312 p.

Lapaeva V.V. (2002) *Zakon o politicheskikh partiyyakh: voprosy vzaimodeystviya partiyy s gosudarstvom* [The law on political parties: issues of interaction parties and the state]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no. 4, pp. 14–22.

Makartsev A.A. (2012) *Neopredelennost' norm izbratel'nogo prava* [The uncertainty of electoral law Standards]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 4, pp. 43–46.

Makartsev A.A. (2011) *Ponyatie, sistema i sodержanie izbratel'nykh dokumentov: konstitutsionno-pravovye aspekty* [Concept, system and contents of election papers: constitutional aspects]. *Vestnik NGU. Seriya: Pravo*, issue 1, pp. 61–82.

Mateykovich M.S. (2003) *Zashchita izbratel'nykh prav grazhdan v Rossiyskoy Federatsii* [Protection of electoral rights of citizens in the Russian Federation]. Moscow: MGU, 304 p.

Ovsepyan Zh. I. (2013) *Konstitutsiya Rossiyskoy Federatsii kak osnova formirovaniya politicheskikh partiyy i osushchestvleniya partiynno-politicheskikh proektov* [The Constitution of the Russian Federation as the basis of formation of political parties and implementation of the party and political projects]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no. 11, pp. 31–38.

Postnikov A.E. (2013) *Konstitutsionno-pravovye osnovy vzaimodeystviya politicheskikh partiyy i gosudarstva* [Constitutional bases of interaction of political parties and the state]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 5, pp. 5–12.

Vedeneev Yu.A. (2000) *Izbratel'noe pravo i izbratel'nyy protsess v resheniyakh Konstitutsionnogo suda Rossiyskoy Federatsii* [Suffrage and electoral process in decisions of the constitutional court of the Russian Federation]. Moscow: Norma, 700 p.

Vorob'yev N.I., Golushkov D.I., Mitin G.N. (eds.) (2013) *Kommentariy k Federal'nomu zakonu ot 11.07.2001 № 95-FZ «O politicheskikh partiyyakh» (postateynnyy)* [The commentary to the Federal law “On political parties” (article by article)]. SPS «Konsul'tantPlyus».

Yudin Yu.A. (1998) *Politicheskie partii i pravo v sovremennom gosudarstve* [Political parties and law in the modern state]. Moscow: INFRA-M, 285 p.

Zaslavskiy S.E. (2003) *Politicheskie partii Rossii: Problemy pravovoy institutsionalizatsii* [Political parties of Russia: Issues of legal institutionalization]. Moscow: Institut prava i publichnoy politiki, 300 p.

Zor'kin V.D. (2012) *Pravovye osnovy rossiyskoy mnogopartiynosti i praktika Konstitutsionnogo Suda* [The legal basis of Russian multi-party system and the practice of the Constitutional Court]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*, no. 6, pp. 37–45.

# Проблемы и перспективы кодификации спортивного законодательства России

---

---



**В.В. Круглов**

аспирант кафедры гражданско-правовых дисциплин Российского экономического университета имени Г.В. Плеханова. Адрес: 117997, Российская Федерация, Москва, Стрелянный пер., 36. E-mail: VladimirKrugloff@yandex.ru

---



## Аннотация

Исследуется проблематика систематизации российского спортивного законодательства и издания кодифицированного спортивного акта. Раскрывается сущность кодификации как вида систематизации правовых актов, изучается текущее состояние российского спортивного законодательства, рассматривается зарубежный опыт его систематизации и кодификации. Особое внимание уделено анализу кодификации спортивного законодательства во Франции. Делается вывод, что специфика спортивного законодательства Российской Федерации объективно ставит вопрос о необходимости разработки и принятия Спортивного кодекса России. Обосновывается, что изученный в публикации французский опыт кодификации спортивного права является наглядной иллюстрацией того, как в ходе систематизации спортивного законодательства решаются задачи повышения статуса физической культуры и спорта, понятности правоприменения, закладывается вектор успешного развития отрасли законодательства и соответствующей отрасли права. Аргументами в пользу принятия Спортивного кодекса выступают приоритетный характер государственной поддержки и регулирования физической культуры и спорта; положительный зарубежный опыт; многочисленность законов и подзаконных актов в сфере спортивного права, незавершенность нормотворческого процесса в данной сфере; прогнозирование дальнейшего принятия разрозненных норм и нормативных актов, регулирующих рассматриваемые правоотношения, что может привести к хаосу в сфере правопонимания и правоприменения. Обосновывается, что в настоящее время объективных препятствий к разработке и утверждению Спортивного кодекса нет. Основой кодификации может выступить ФЗ «О физической культуре и спорте», а пробелы в правовом регулировании могут быть устранены путем внесения в кодекс положений модельных законов о спортивной подготовке, профессиональном и параолимпийском спорте. Автор убежден, что принятие Спортивного кодекса России во многом предупредит проблемы правопонимания и правоприменения, ожидаемые в ближайшие годы в связи с активным государственным вмешательством в регулирование правоотношений в сфере физической культуры и спорта, обусловленным приоритетным характером развития последней.

---



## Ключевые слова

физическая культура и спорт, массовый спорт, профессиональный спорт, паралимпийский спорт, кодификация, спортивное законодательство, Спортивный кодекс.

---

---

Библиографическое описание: Круглов В.В. Проблемы и перспективы кодификации спортивного законодательства России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 165–176.

JEL: K30; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.165.176

В последние годы статус физической культуры и спорта в России существенно повысился. Вопросы развития в данной сфере стали приоритетными задачами государственной политики. В текущем десятилетии на российских спортивных аренах проведены или будут проведены знаковые мероприятия глобального масштаба, в том числе Зимние Олимпийские и Паралимпийские игры в Сочи, Универсиада в Казани, Кубок Конфедераций и Чемпионат мира по футболу. Несмотря на многочисленные проблемы в различных сферах спортивной жизни, Россия становится виднейшим членом международного спортивного сообщества. Параллельно активно развиваются массовый спорт и стимулируется развитие физической культуры, о важности которых много сказано на всех уровнях государственного управления. В сфере физической культуры и спорта реализуются десятки государственных и муниципальных программ, инвестируются значительные средства.

Данные обстоятельства свидетельствуют не только о значительном развитии правоотношений в сфере физической культуры и спорта, но также и о необходимости приведения в соответствие им спортивного законодательства. Сама отрасль спортивного законодательства, самостоятельный характер которой поддерживается далеко не всеми учеными и практиками, оформилась, в том числе по причине повышенного внимания к данной сфере, уделяемого в последние годы. Причем разрастание и постоянная трансформация спортивного законодательства, предопределившие значительный скачок в развитии спортивного права, выдвигают на повестку дня вопрос о дальнейшей систематизации спортивного законодательства.

Систематизация нормативно-правовых актов, хотя имманентно не приводит к разработке новых норм права, между тем на современном этапе выступает одним из ключевых направлений законодательной деятельности. Сказанное актуально в странах континентальной правовой семьи, к которым относится Россия.

Среди видов систематизации законодательства могут быть названы учет, систематизация на электронных носителях, инкорпорация, консолидация и кодификация. Важнейшим видом систематизации действующего законодательства традиционно выступает его кодификация.

И.Н. Сениякин предлагает рассматривать кодификацию в качестве «наиболее востребованной формы систематизации законодательства, важной части законотворческого процесса, своеобразия юридической природы которой состоит в том, что это особый вид систематизационной деятельности и важнейшая сторона процесса унификационного правотворчества»<sup>1</sup>. Т.А. Желдыбина справедливо отмечает, что «задача кодификации как наиболее совершенной, а потому представляющей наибольший интерес форме систематизации законодательства, — кардинальное обновление правовой системы. Кодификация не связана с текущим законотворчеством, и кодификационный акт всегда является результатом переработки законодательства, а, значит, этому предшествует определенное и иногда длительное по времени творчество законодателя. Данный вид систематизации всегда предполагает деятельность специальных компетентных органов, направленную на совершенствование законодательства путем коренной переработки норм права»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Сениякин И.Н. Специализация и унификация российского законодательства. Проблемы теории и практики. Саратов, 1993. С. 120.

<sup>2</sup> Желдыбина Т.А. Направления кодификации российского законодательства // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2016. № 2. С. 75.

Если ключевым направлением систематизации законодательства в дореволюционной России выступала инкорпорация (основным результатом которой стало создание сводов законов Российской Империи), то советская правовая традиция активно использовала кодификацию: путем глубинной переработки в основу правового регулирования ключевых отраслей права (уголовного, гражданского, трудового и семейного, процессуальных отраслей) были положены кодифицированные акты. В дальнейшем кодификация коснулась и «производных» отраслей и сфер правового регулирования — жилищного и водного права, торгового мореплавания и т.п. Данная традиция была активно перенята в современный период — наряду с глубинным обновлением существовавших кодифицированных актов в соответствии с новыми социально-экономическими реалиями активно разрабатывались новые отраслевые кодексы.

В настоящее время в России действует более 20 кодексов, а процесс кодификации нормативно-правовых актов продолжается по направлению как переработки действующих кодексов, так и разработки новых. В частности, исследователями рассматриваются вопросы разработки транспортного, избирательного, экологического кодексов РФ и других кодифицированных актов<sup>3</sup>. Вопрос о кодификации актуален и для развития спортивного права.

Спортивное право является сравнительно молодой отраслью права, существование которой воспринимается в научном сообществе с известной долей скептицизма<sup>4</sup>. Впрочем, аргументы противников существования спортивного права как отрасли права опровергаются, во-первых, существованием и развитием специализированного спортивного законодательства, во-вторых, наличием специального предмета регулирования, который не охватывается другими отраслями права. Воспринимая существование спортивного права как объективную реальность правового регулирования общественных отношений в сфере физической культуры и спорта в России, следует еще раз указать на сформированную нормативно-правовую базу, которая формирует систему спортивного законодательства нашей страны.

Ключевым нормативно-правовым актом в системе спортивного законодательства, который мог бы выступить фундаментом будущего спортивного кодекса, является Федеральный закон от 04.12.2007 № 329-ФЗ (в ред. от 17.04.2017) «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»<sup>5</sup> (далее — ФЗ «О физической культуре и спорте»). В соответствии со ст. 1, Закон «устанавливает правовые, организационные, экономические и социальные основы деятельности в области физической культуры и спорта в Российской Федерации, определяет основные принципы законодательства о физической культуре и спорте».

ФЗ «О физической культуре и спорте» устанавливает, помимо прочего, основные принципы соответствующего законодательства, а также определяет систему законодательства РФ о физической культуре и спорте. Так, в соответствии со ст. 4, «законодательство о физической культуре и спорте основывается на Конституции Российской Федерации и состоит из настоящего Федерального закона, других федеральных законов и принимаемых в соответствии с ними законов субъектов Российской Федерации».

<sup>3</sup> Осипов А.О. О проведении кодификации отдельных отраслей российского права // Новая наука: Современное состояние и пути развития. 2016. № 3–2 (68). С. 231–233.

<sup>4</sup> См., напр.: Стегалина К.С., Калашиникова Е.Б. Спортивное право как отрасль права // OlympPlus. Гуманитарная версия. 2016. № 1 (2). С. 65–67.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2007. № 50. Ст. 6242.

При этом нормы ФЗ «О физической культуре и спорте» действуют наряду с положениями Федерального закона от 21.07.2014 № 211-ФЗ «Об особенностях правового регулирования отношений в области физической культуры и спорта в связи с принятием в Российскую Федерацию Республики Крым и образованием в составе Российской Федерации новых субъектов — Республики Крым и города федерального значения Севастополя»<sup>6</sup>, устанавливающими специфику правового регулирования в изучаемой сфере на указанной территории. Очевидно, что специальное правовое регулирование будет действовать вплоть до международного признания Крыма и Севастополя неотъемлемой частью России, и снятия соответствующих ограничений и запретов для участия крымских и севастопольских спортсменов, спортивных клубов и обществ под российским флагом в международных соревнованиях.

Специальное правовое регулирование касается правоотношений в сфере проведения в России крупнейших спортивных мероприятий глобального масштаба. Так, правовое регулирование организации Олимпиады-2014 основывается на положениях Федерального закона от 01.12.2007 № 310-ФЗ «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в ред. от 28.06.2014)<sup>7</sup>, а проведение Чемпионата мира по футболу 2018 г. — Федеральным законом от 07.06.2013 № 108-ФЗ «О подготовке и проведении в Российской Федерации Чемпионата мира по футболу ФИФА 2018 года, Кубка конфедераций ФИФА 2017 года и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>8</sup> (ред. от 03.07.2016). При этом законодательство в сфере физической культуры и спорта тесно переплетено с другими сферами, в частности, с законодательством о высшем и послевузовском профессиональном образовании, об охране здоровья граждан, о правовом положении иностранных граждан в России, об административных правонарушениях.

Развитие российского законодательства в сфере физической культуры и спорта в настоящее время также осуществляется путем разработки основ или детализации правового регулирования в таких сферах, как общая спортивная подготовка, профессиональный и паралимпийский спорт. Ориентиром для нормотворческого процесса здесь выступают модельные законы СНГ, в различные годы принятые при непосредственном участии Российской Федерации — Модельный закон о спортивной подготовке (2012)<sup>9</sup>; Модельный закон о параолимпийском спорте (2008)<sup>10</sup>; Модельный закон о профессиональном спорте (2007)<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2014. № 30 (часть 1). Ст. 4212.

<sup>7</sup> СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6071.

<sup>8</sup> СЗ РФ. 2013. № 23. Ст. 2866.

<sup>9</sup> Модельный закон о спортивной подготовке (принят в Санкт-Петербурге 17.05.2012 Постановлением 37-15 на 37-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ) // Документ опубликован не был / СПС КонсультантПлюс.

<sup>10</sup> Модельный закон о параолимпийском спорте (принят в Санкт-Петербурге 25.11.2008 Постановлением 31-13 на 31-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ) // Документ опубликован не был / СПС КонсультантПлюс.

<sup>11</sup> Модельный закон о профессиональном спорте (принят в Санкт-Петербурге 31.05.2007 Постановлением 28-8 на 28-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ) // Документ опубликован не был / СПС КонсультантПлюс.

Хотя модельные законы СНГ и не являются частью спортивного законодательства России, безусловно, они дают ориентир нормотворчеству. Так, в конце прошлого года был принят Федеральный закон от 22.11.2016 № 396-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» в части регулирования спорта высших достижений и профессионального спорта»<sup>12</sup>, положения которого во многом основаны на соответствующих положениях Модельного закона СНГ. К слову, принятие данного Закона развило и углубило сферу регулирования действующего спортивного законодательства.

Существенно расширило предмет спортивного права и сферу действия спортивного законодательства включение в Трудовой кодекс Российской Федерации<sup>13</sup> (далее — ТК РФ) гл. 54.1 (вступила в силу с 30.03.2008), в которой регулируются особенности труда спортсменов и тренеров. По своему содержанию и предмету регулирования, нормы гл. 54.1 ТК РФ, безусловно, относятся к сфере спортивного права. Однако следует обратить внимание, что в ст. 4 ФЗ «О физической культуре и спорте» ТК РФ не относится к сфере спортивного законодательства. Такой подход, безусловно, является ошибочным, и связан с усиливающимися затруднениями в понимании норм спортивного права, наличие которых подтверждает необходимость систематизации законодательства о физкультуре и спорте.

Наличие специфической системы спортивного законодательства России объективно подтверждает необходимость систематизации законодательства, которая обеспечит надлежащее правопонимание и правоприменение в рассматриваемой сфере. Рассматривая известные виды систематизации, необходимо отметить, что они выстроены в строгую иерархию, на верхней ступени которой находится кодификация. Главный и основной аргумент в пользу кодификации — объективная невозможность дальнейшей систематизации отрасли законодательства посредством консолидации. Принимая во внимание, что результатом консолидации спортивного законодательства стали разработка и принятие ФЗ «О физической культуре и спорте», а значительный массив спортивно-правовых норм содержится в законах, включая кодифицированные нормативные правовые акты, относящихся к другим отраслям, можно сделать вывод, что следующим этапом систематизации спортивного законодательства в РФ может выступить лишь кодификация.

В то же время остается открытым вопрос о необходимости кодификации спортивного законодательства<sup>14</sup>. Кодификация законодательства в сфере физической культуры и спорта наблюдается в ряде зарубежных стран (США, Бразилия, Франция). Кодификация спортивного законодательства в этих странах стала явлением правовой реальности последних десятилетий. Особняком выступает Франция, где разработан и действует полноценный Спортивный кодекс (Code du sport)<sup>15</sup>. Поскольку французское право относится к континентальной правовой семье, как и наше отечественное право, анализ французского опыта кодификации спортивного законодательства является чрезвычай-

<sup>12</sup> СЗ РФ. 2016. № 48 (часть 1). Ст. 6736.

<sup>13</sup> Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 03.07.2016) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

<sup>14</sup> Соловьев А.А. Концепция проекта Спортивного кодекса Российской Федерации / Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России. М., 2009. 55 с.

<sup>15</sup> Code du sport. Version consolidée au 12 mai 2017 [Электронный ресурс]: // <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071318> (дата обращения: 01.06.2017)

но важным в контексте разработки предложений о кодификации спортивного законодательства России.

Спортивный кодекс Франции принадлежит к числу специализированных кодексов, входящих в состав гражданского права. Разработанный в 2004 и принятый в 2006 г. проект Спортивного кодекса по замыслу Министерства молодежи, спорта и ассоциативной жизни (Ministère de la Jeunesse, des Sports et de la Vie) должен был обозначить приоритетный характер развития спорта, утвердить данное направление в качестве одного из ключевых разделов государственной политики. Кроме того, Кодекс «предназначался для улучшения понимания и доступности спортивного законодательства»<sup>16</sup> — т.е. собственно, принимался в тех же целях, в которых на сегодня возникает необходимость развития российского спортивного законодательства. Такие же цели были отражены в специальном Ордонансе, которым определялась концепция кодификации французского спортивного законодательства (ст. 84 Закона № 2004-1343 от 9.12. 2004).

Спортивный кодекс заменил несколько законов, в частности, Закон № 84-610 от 16.07.1984<sup>17</sup>, регулировавший отношения в сфере физической культуры и спорта. Данный Закон нередко именуют по имени автора — Закон Авис<sup>18</sup>. Регламентируя многочисленные отношения, он по содержанию и структуре во многом напоминает российский отраслевой ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации». Более того, Закон Авис в процессе становления и развития французского спортивного права сталкивался с теми же проблемами, с которыми сталкивается ныне трансформирующееся российское спортивное законодательство, а именно, с систематическими поправками, пробельностью и отсылочностью регулирования.

Ряд правоотношений, фактически складывающихся в сфере физической культуры и спорта, на рубеже столетий регулировались не в отраслевом Законе № 84-610, а в актах смежных отраслей законодательства. Так, вопросы школьного и университетского спорта регулировались в Образовательном кодексе Франции, а регулирование отношений в антидопинговой сфере осуществлялось в нормах Кодекса общественного здравоохранения. Соответствующие положения были включены в Спортивный кодекс Франции и исключены из неспецифического законодательства. Кроме того, до принятия Кодекса отдельные специфические отношения, складывавшиеся именно в сфере физической культуры и спорта, регулировались в некоторых специальных актах, например, в Законе от 06.03.1998 № 98-146 о безопасности и пропаганде спорта<sup>19</sup>. Соответствующее законодательство впоследствии вошло в Спортивный кодекс Франции.

Между тем именно Закон № 84-610 стал основой нового кодифицированного акта, при создании которого был использован метод кодификации действующего права, — по подсчетам исследователей, в действующем на 2015 г. Кодексе порядка 85% статей ранее в том или ином виде содержались в Законе Авис<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Julien L. Les institutions sportives en France (introduction au droit du sport) // Publications Doc Du Juriste. 2015 [Электронный ресурс]: // <https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-autres-branches/cours-de-professeur/institutions-sportives-france-introduction-droit-sport-479549.html> (дата обращения: 01.06.2017)

<sup>17</sup> Loi № 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives // Journal officiel de la République Française. 17.07.1984. P. 2288–2293.

<sup>18</sup> Понкин И.В., Соловьев А.А., Понкина А.И. Правовое обеспечение противодействия противоправному поведению спортивных болельщиков. М., 2014. С. 84.

<sup>19</sup> Понкин И.В., Соловьев А.А., Понкина А.И. Указ. соч. С. 85.

<sup>20</sup> Schut P, Collinet C. French sports policies for young people: fragmentation and coordination modes // International Journal of Sport Policy and Politics. 2016. N. 1. P. 117.

Спортивный кодекс Франции состоит из четырех книг, каждая из которых посвящена отдельному аспекту спортивного права:

Книга I — Организация мероприятий по физической культуре и спорту.

Книга II — Участники спортивных соревнований (спортсмены, арбитры, тренеры, преподаватели, функционеры).

Книга III — Различные виды спортивных практик, безопасность и гигиена спорта, организация и управления спортивными событиями.

Книга IV — Финансирование спорта и применение законодательства в правоотношениях, возникающих в заморских спортивных коммунах.

А.А. Соловьев отмечает, что «по мнению многих французских экспертов, Спортивный кодекс Франции обеспечил существенный импульс развитию французского спорта и создал реальные условия для эффективной борьбы с коррупцией и иными видами преступлений в спорте»<sup>21</sup>.

Целесообразно еще раз подчеркнуть, что российское и французское законодательство имеют много общего; современная российская модель конституционно-правового регулирования, равно как и регулирования в подавляющем большинстве отраслей частного и публичного права, соответствует и/или реципировало из модели, реализованной во французском законодательстве. Впрочем, справедливости ради нужно отметить, что французский законодатель продвинулся намного дальше законодателей других стран мира в части кодификации законодательства — кодифицированы не только отрасли права, но и различные правовые институты. Кроме того, зачастую во французском законодательстве «кодексами» именуются не кодифицированные, а инкорпорированные акты — по сути, своды законов. Спортивный кодекс Франции представляет собой гибрид — нормы базовых институтов спортивного права, отраженные ранее в законах и других кодексах, были кодифицированы, т.е. вошли в структурированную основную часть Спортивного кодекса, в то время как декреты (*Décrets*) и указы (*Arrêtés*), регламентирующие отношения в сфере физической культуры и спорта, лишь инкорпорируются, добавляются в Приложения к Спортивному кодексу. Данный способ гибридной систематизации законодательства, как известно, современному российскому праву не знаком.

Французское спортивное законодательство выступает виднейшим, но отнюдь не единственным образцом кодификации национального спортивного законодательства. Так, в Бразилии (стране с богатыми спортивными традициями) нет единого кодифицированного акта в сфере физической культуры и спорта, но действуют принятые в прошлом столетии два дисциплинарных кодекса — Бразильский дисциплинарный футбольный кодекс (*Código brasileiro disciplinar do futebol — CBDF*) и Бразильский кодекс спортивной юстиции и спортивной дисциплины (*Código brasileiro de justiça e disciplina desportiva — CBJDD*)<sup>22</sup>. В ряде штатов США действуют титулы сводов законов, посвященные регулированию правоотношений в сфере физической культуры и спорта, которые с учетом специфики американской правовой системы могут быть условно названы «спортивными кодексами». В Италии (как и в Бразилии) на государственном уровне утвержден специализированный дисциплинарный спортивный кодекс — Итальянский кодекс Высшего суда спортивной юстиции<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Соловьев А.А. Концепция проекта Спортивного кодекса Российской Федерации. М., 2009. С. 31.

<sup>22</sup> Бразильские спортивные кодексы / под ред. А. А. Соловьева. М., 2010. 149 с.

<sup>23</sup> Соловьев А.А. Российский и зарубежный опыт систематизации законодательства о спорте. М., 2011. С. 213.

Российские исследования зарубежной практики систематизации спортивного законодательства, в частности, многочисленные работы А.А. Соловьева, не содержат, на наш взгляд, убедительной аргументации в пользу кодификации российского спортивного законодательства. Это отмечают и другие авторы<sup>24</sup>. В то же время, имеющиеся исследования:

во-первых, подтверждают, что в развитых зарубежных странах, особенно в тех, где развитие физической культуры и спорта стало одной из ключевых целей государственного управления, на протяжении последних двух десятилетий активно ведется систематизация спортивного законодательства, которая осуществляется в различных формах;

во-вторых, указывают, что кодификация спортивного законодательства возможна; имеется успешный опыт кодификации французского спортивного законодательства.

Необходимо пересмотреть зарубежный опыт через призму российской правовой истории и действительности. Важно еще раз обратить внимание на то, что на протяжении столетий кодификация становилась одной из важнейших предпосылок широкого признания определенных отраслей права в отечественном правовом пространстве. По всей видимости, издание кодифицированного правового акта в сознании большинства россиян, образно говоря, «легитимизирует» определенную отрасль права, безусловно подтверждает ее существование. Именно наличие отраслевого кодифицированного нормативного акта считается основанием безусловного признания за определенной отраслью законодательства статуса отрасли права и отрасли юридической науки (например, жилищное, земельное, водное, воздушное право). И, наоборот, «некодифицированные отрасли», например, экологическое или муниципальное, далеко не всеми исследователями признаются в качестве самостоятельных отраслей права, вопросы о статусе соответствующих отраслей остаются открытыми и, нередко, остро дискуссионными.

Французский опыт кодификации спортивного права является наглядной иллюстрацией того, как в ходе систематизации спортивного законодательства решаются задачи повышения статуса физической культуры и спорта, понятности правоприменения, складывается вектор для успешного развития отрасли законодательства и соответствующей отрасли права.

Российское спортивное законодательство характеризуется проблемами, практически сходными с теми, которые были решены при кодификации французского спортивного законодательства. Обращает на себя внимание и то, что в качестве основы для кодификации был избран действующий отраслевой нормативный акт — Закон о физической культуре и спорте. В данном случае, вероятно, зарубежный опыт, рассмотренный и проанализированный сквозь призму отечественной правовой действительности, дает нам готовый рецепт дальнейшего развития российского спортивного законодательства.

Между тем работа по кодификации спортивного законодательства по сути не ведется, хотя первые предложения в данной сфере были сделаны еще в советский период, в 1980-е годы (примечательно, что по следам Олимпиады 1980 г.)<sup>25</sup>. Текст самого проекта кодифицированного акта до настоящего времени не разработан и не внесен на рассмотрение в Федеральное собрание. Очевидно, что лица, причастные к нормотворчеству, не видят оснований для разработки и утверждения Спортивного кодекса в настоящий момент.

<sup>24</sup> Кулиев П.Р. А надо ли России копировать французскую и бразильскую модели спортивного права и нужен ли России спортивный кодекс? // Право и образование. 2010. № 5. С. 181–184.

<sup>25</sup> Chemakin I.M. Codification of Legislation on Physical Culture, Sports, and Tourism // Soviet Law and Government. 1984. N 3. P. 73–89.

Приведенные выше аргументы подтверждают существование спортивного права как самостоятельной отрасли права, а также указывают на многочисленность законов и подзаконных актов в сфере спортивного права РФ, незавершенность нормотворческого процесса в данной сфере. С другой стороны, в сфере спортивного права все же существует ключевой и фундаментальный нормативный правовой акт (ФЗ «О физической культуре и спорте»), который и должен выступать основой разработки Спортивного кодекса. Раз такой акт существует, у законодателя возникает вопрос о приоритетности кодификации спортивного законодательства. Подобный подход не учитывает дополнительных аргументов в пользу кодификации российского спортивного законодательства, не учтенных, в частности, А.А. Соловьевым, в том числе по объективным причинам.

Важно отметить, что активизация государственного вмешательства в рассматриваемую сферу правовых отношений связана с возведением в последнее десятилетие задачи развития физической культуры и спорта, как массовых, так и профессиональных, в число приоритетов национального развития. Кроме того, активно развивается профессиональный спорт. В частности, как уже отмечалось, Россия в последние годы принимает ключевые международные спортивные соревнования, в том числе в 2014 г. состоялись XXII Олимпийские зимние игры и XI Паралимпийские зимние игры, а в 2018 г. Россия принимает, пожалуй, самое значимое после Олимпийских игр спортивное соревнование — Чемпионат мира по футболу. Высокая общественная значимость надлежущей организации и проведения указанных спортивных мероприятий стали причиной принятия специальных законодательных актов в данной сфере, положения которых были развиты в многочисленных подзаконных актах.

Усиление государственного вмешательства в сферу профессионального спорта привело также к активной миграции норм спортивного права в законодательство других, в том числе несмежных, отраслей. Наличие отраслевого кодифицированного акта позволило бы законодателю, принимая новые нормы в рассматриваемой сфере, размещать их в Спортивном кодексе, облегчая понимание и применение спортивного законодательства.

В результате на сегодняшний день нормы спортивного права значатся не только в многочисленных отраслевых нормативных актах, но и законодательстве других отраслей, причем число соответствующих норм неуклонно растет. Сказанное затрудняет правопонимание и правоприменение в сфере спортивного права, подтверждая необходимость его скорейшей систематизации, которая наиболее успешно может быть осуществлена путем только кодификации.

Более того, анализ динамики государственного регулирования в сфере физической культуры и спорта указывает, что законодатель будет стремиться распространять императивный метод правового регулирования на рассматриваемые и смежные правоотношения, что породит принятие новых норм. В результате не оформившаяся до сих пор в четких границах система спортивного законодательства может в еще большей степени деформироваться.

Поскольку работа над проектом кодекса в целях обеспечения качества законодательного процесса не может быть проведена одномоментно, необходимость кодификации спортивного законодательства России налицо уже в настоящий момент. Принятие Спортивного кодекса во многом предвосхитит проблемы в реализации права, связанные с перспективами масштабного вмешательства государства в сферу физической культуры и спорта, обусловленными значимостью развития данной сферы.

Именно в рамках Спортивного кодекса появится возможность наиболее полноценно и одновременно устранить пробелы в спортивном законодательстве страны. Следовательно, на сегодняшний день существенно расширился перечень аргументов в пользу кодификации спортивного законодательства.

Резюмируя, приведем перечень основных причин, актуализирующих необходимость принятия Спортивного кодекса:

положительный зарубежный опыт кодификации спортивного законодательства; многочисленность законов и подзаконных актов в сфере российского спортивного права, наличие норм спортивного права в законодательстве других, в том числе несмежных отраслей, незавершенность нормотворческого процесса в данной сфере;

приоритетный характер государственной поддержки и регулирования развития как массовой физической культуры, так и профессионального спорта;

прогнозирование дальнейшего принятия разрозненных норм и нормативных актов, регулирующих рассматриваемые правоотношения, что внесет окончательный хаос в сферу правопонимания и правоприменения;

невозможность дальнейшей систематизации спортивного законодательства путем консолидации или в иных видах, кроме кодификации.

Можно констатировать, что в настоящее время объективных препятствий к систематизации спортивного законодательства России не существует, а наиболее предпочтительным видом систематизации представляется кодификация. Основой кодификации может выступить ФЗ «О физической культуре и спорте», а пробелы в правовом регулировании могут быть устранены путем внесения в текст Кодекса положений модельных законов о спортивной подготовке, профессиональном и параолимпийском спорте.



## Библиография

- Бразильские спортивные кодексы / под ред А.А. Соловьева. М.: Астрель, 2011. 149 с.
- Желдыбина Т.А. Направления кодификации российского законодательства // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2016. № 2. С. 75–79.
- Кулиев П.Р. А надо ли России копировать французскую и бразильскую модели спортивного права и нужен ли России спортивный кодекс? // Право и образование. 2010. № 5. С. 181–184.
- Осипов А.О. О проведении кодификации отдельных отраслей российского права // Новая наука: Современное состояние и пути развития. 2016. № 3. С. 231–233.
- Понкин И.В., Соловьев А.А., Понкина А.И. Правовое обеспечение противодействия противоправному поведению спортивных болельщиков / под ред. И.В. Понкина. М.: Ваш полиграфический партнер, 2014. 207 с.
- Сенякин И.Н. Специализация и унификация российского законодательства. Проблемы теории и практики / под ред. М.И. Байтина. Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1993. 194 с.
- Соловьев А.А. Концепция проекта Спортивного кодекса Российской Федерации. М.: Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России, 2009. 55 с.
- Соловьев А.А. От Спортивного кодекса Франции — к Спортивному кодексу России (использование французского опыта в кодификации российского законодательства о спорте) // Спорт: экономика, право, управление. 2009. № 4. С. 12–15.
- Соловьев А.А. Российский и зарубежный опыт систематизации законодательства о спорте. М.: Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России, 2011. 383 с.
- Стегалина К.С., Калашникова Е.Б. Спортивное право как отрасль права // OlymPlus. Гуманитарная версия. 2016. № 1. С. 65–67.
- Anderson J. Modern Sports Law: a Textbook. London: Bloomsbury Publishing, 2010. 423 p.
- Chemakin I.M. Codification of Legislation on Physical Culture, Sports, and Tourism // Soviet Law and Government. 1984. N. 3. P. 73–89.
- Gardiner S. et al. Sports Law. London: Routledge, 2012. 656 p.
- Julien L. Les institutions sportives en France (introduction au droit du sport) / Publications Doc Du Juriste. 2015 // <https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-autres-branches/>

cours-de-professeur/institutions-sportives-france-introduction-droit-sport-479549.html\_(дата обращения: 01.06.2017)

Schut P., Collinet C. French sports policies for young people: fragmentation and coordination modes // *International Journal of Sport Policy and Politics*. 2016. No 1. P. 117–134.

---

## Issues and Prospects for the Codification of Sports Legislation of The Russian Federation



**Vladimir Kruglov**

Postgraduate Student, Civil Law Department, Law Faculty, Plekhanov Russian University of Economics. Address: 36 Stremyanny Lane, Moscow 117997, Russian Federation. E-mail: Vladimir-Krugloff@yandex.ru



### Abstract

It is studying the relevance of the systematization of Russian sports legislation and issues of the publication of a codified sports act. The essence of codification as a kind of systematization of normative legal acts is revealed, the current state of Russian sports legislation is studied, foreign experience of systematization and codification of sports legislation is considered. Particular attention is paid to the analysis of the practice of codification of sports legislation in France. It is concluded that the presence of a sufficiently specific system of sports legislation of the Russian Federation objectively raises the question of the need to develop and adopt the Sporting Code of the Russian Federation. It is substantiated that the French experience of the codification of sports law studied in the publication is a graphic illustration of how in the course of systematization of sports legislation the tasks of raising the status of physical culture and sports, the understanding of law enforcement, are being laid, a vector is being laid for the successful development of the branch of legislation and the relevant branch of law. The arguments in favor of the Sporting Code are the priority of physical culture and sports government support and regulation; relevant foreign experience; the large number of laws and regulations of the Russian Federation in the field of sports rights, the incompleteness of the legislative process in this area; forecasting the adoption of further rules and regulations bringing chaos in law understanding and enforcement. It is proved that there are no current objective obstacles to the development and approval of the Sporting Code of the Russian Federation. The basis for codification may be the Federal Law “On Physical Culture and Sports”, and gaps in legal regulation can be eliminated by introducing in the text of the code provisions of model laws on sports training, professional and paralympic sports. The author expresses conviction that the adoption of the Sports Code of the Russian Federation, in many respects, anticipates and warns the problems in the legal understanding and enforcement expected in the coming years in connection with the active state interference in the regulation of legal relations in the field of physical culture and sports, conditioned by the priority nature of the latter’s development.



### Keywords

physical culture, mass sports, professional sports, paraolympic sports, codification, sports law, Sporting Code.

Citation: Kruglov V.V. (2017) *Issues and Prospects for Codification of Sports Legislation in Russia*. *Pravo. Zhurnal Vyssey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 165–176 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.165.176



### References

Anderson J. (2010) *Modern Sports Law: a Textbook*. London: Bloomsbury Publishing, 423 p.

*Brazilskye Sportivnye Kodeksy* (2010) [The Brazilian Sport Codes]. Moscow: Astrel, 149 p. (in Russian)

- Chemakin I. M. (1984) Codification of Legislation on Physical Culture, Sports, and Tourism. *Soviet Law and Government*, no. 3, pp. 73–89.
- Gardiner S. et al. (2012) *Sports Law*. London: Routledge, 656 p.
- Julien L. (2015) Les institutions sportives en France (introduction au droit du sport). *Publications du Juriste*. Available at: <https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-autres-branches/cours-de-professeur/institutions-sportives-france-introduction-droit-sport-479549.html> (accessed: 01 June 2017)
- Kuliev P.R. (2010) A nado li Rossii kopirovat' frantsuzskuyu i brazil'skuyu modeli sportivnogo prava i nuzhen li Rossii sportivnyy kodeks? [Should Russia borrow French and Brazil models of sporting law? Does Russia need sporting code?]. *Pravo i obrazovanie*, no. 5, pp. 181–184.
- Osipov A.O. (2016) O provedenii kodifikatsii otdel'nykh otrasley rossiyskogo prava [On codifying some branches of Russian law]. *Novaya nauka: Sovremennoe sostoyanie i puti razvitiya*, no. 3, pp. 231–233.
- Ponkin I.V., Solov'ev A.A., Ponkina A.I. (2014) *Pravovoe obespechenie protivodeystviya protivopravnomu povedeniyu sportivnykh bolet'shchikov* [Legal security against offensive behavior of sports supporters]. Moscow: Vash poligraficheskiy partner, 207p.
- Senyakin I.N. (1993) *Spetsializatsiya i unifikatsiya rossiyskogo zakonodatel'stva. Problemy teorii i praktiki* [Specialization and unification of Russian legislation. Theory and practice]. Saratov: University, 194 p. (in Russian)
- Solov'ev A.A. (2009) *Kontseptsiya proekta Sportivnogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii* [Russian Sporting Code draft]. Moscow: Komissiya po sportivnomu pravu Assotsiatsii yuristov Rossii, 55 p.
- Solov'ev A.A. (2009) *Ot Sportivnogo kodeksa Frantsii – k Sportivnomu kodeksu Rossii (ispol'zovanie frantsuzskogo opyta v kodifikatsii rossiyskogo zakonodatel'stva o sporte)* [Sporting code on France and Sporting code in Russia (French Experience in Codifying Russian Sporting legislation)]. *Sport: ekonomika, pravo, upravlenie*, no. 4, pp. 12–15 (in Russian)
- Solov'ev A.A. (2011) *Rossiyskiy i zarubezhnyy opyt sistematzatsii zakonodatel'stva o sporte* [Russian and foreign experience of systematizing sports legislation]. Moscow: Komissiya po sportivnomu pravu Assotsiatsii yuristov Rossii, 383 p. (in Russian)
- Stegalina K.S., Kalashnikova E.B. (2016) Sportivnoe pravo kak otrasl' prava [Sporting law as a branch]. *OlymPlus. Gumanitarnaya versiya*, no 1, pp. 65–67.
- Schut P., Collinet C. (2016) French sports policies for young people: fragmentation and coordination modes. *International Journal of Sport Policy and Politics*, vol. 8, no. 1, pp. 117–134.
- Zheldybina T.A. (2016) Napravleniya kodifikatsii rossiyskogo zakonodatel'stva [Codification in the Russian Legislation]. *Vestnik Saratovskoy gosudarstvennoy yuridicheskoy akademii*, no. 2, pp. 75–79.

# «Гибридная война»: международно-правовое измерение



**К.Л. Сазонова**

доцент Института государственной службы и управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, кандидат юридических наук, кандидат политических наук. Адрес: 119606, Российская Федерация, Москва, пр. Вернадского, 84. E-mail: kira\_sazonova@mail.ru



## Аннотация

В последние три года термин «гибридная война» активно применяется в политической и политологической среде, однако правовые аспекты данного явления пока остаются недостаточно изученными. В результате создается опасная ситуация, когда термин, отражающий тенденции в сфере военно-силового и информационного взаимодействия государств, постепенно внедряется в научную и экспертную терминологию, не обладая при этом четким правовым содержанием. В настоящее время ведется серьезная дискуссия о допустимости использования данного термина в правовом контексте и о возможностях его дальнейшего включения в международно-правовую терминологию. Феномен «гибридной войны» демонстрирует резкое увеличение значимости информационного компонента в международных отношениях, а также является закономерным продолжением реализации концепций «цветных революций» и «арабских весен», предусматривающих преимущественно не силовое воздействие на противника. Перспективы включения термина «гибридная война» в аппарат международного права весьма туманны с учетом того, что уже более 30 лет существует международно-правовой термин «государственный терроризм» с весьма сходным смысловым наполнением, который так и не стал предметом международно-правового регулирования на уровне специализированной конвенции. Можно также констатировать, что «гибридная война» стала журналистским клише для обозначения действий государств, не вписывающихся в рамки традиционной военно-силовой парадигмы, и это крайне отрицательно сказывается на перспективах нормативно-правового регулирования данного явления. Кроме того, информационно-коммуникационная сфера в силу ее динамизма является слишком сложным объектом международно-правового регулирования. Автор выделяет наиболее значимые международно-правовые проблемы, которые встают при рассмотрении правовой коннотации «гибридной войны», в том числе проблему прямых аналогий между ее категориями и классическими военно-силовыми категориями. В данном контексте возникают вопросы — может ли кибератака считаться основанием самообороны государства, и являются ли действия государств, которые можно отнести к «гибридной войне», основанием для международно-правовой ответственности.



## Ключевые слова

«гибридная война», международное право, информационная война, конфликты, «государственный терроризм», международная ответственность.

Библиографическое описание: Сазонова К.Л. «Гибридная война»: международно-правовое измерение // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 177–187.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.177.187

Информационное противоборство всегда было неотъемлемой частью традиционного военно-силового противостояния государств, однако последние годы сопровождаются беспрецедентным ростом значимости информационного компонента в межгосударственных отношениях. Конец 2016 г. ознаменовался появлением невероятных по их возможностям «русских хакеров», которые якобы способны вмешаться в избирательный процесс практически в любом государстве планеты<sup>1</sup>. В феврале 2017 г. на сайте МИД Российской Федерации появился раздел «Примеры публикаций, тиражирующих недостоверную информацию о России»<sup>2</sup>, в который уже занесены отдельные публикации из таких влиятельных изданий, как «Дейли телеграф», «Нью-Йорк таймс», «Файненшл таймс», «Аль-Джазира» и др. В феврале 2017 г. глава корпорации «Майкрософт» Б. Смит предложил создать «цифровую Женевскую конвенцию» для борьбы с киберпреступностью, а также учредить независимую организацию, которая «расследовала бы спонсируемые правительствами разных стран кибератаки в отношении других стран»<sup>3</sup>. В феврале 2017 г. также было официально объявлено о создании войск информационных операций в России<sup>4</sup>. Наконец, в марте 2017 г. бывший вице-президент США Р. Чейни заявил, что предполагаемое американской стороной вмешательство России в президентские выборы в США можно расценивать как «акт войны»<sup>5</sup>.

Вышеуказанные примеры наглядно демонстрируют значимость информационного противостояния государств на современном этапе. Если словосочетание «информационная война» уже стало вполне привычным, то термин «гибридная война» стал весьма популярен лишь в последние несколько лет. Если проследить динамику запросов словосочетания «гибридная война» в поисковой системе Google, то обнаруживается, что до весны 2014 г. этот термин не вызывал никакого интереса как у русскоговорящих, так и у англоговорящих пользователей<sup>6</sup>. Можно констатировать, что термин был сознательно «вброшен» в медиaprостранство, породив множество обсуждений и интерпретаций со стороны экспертного и академического сообществ.

## **Политический и правовой контексты термина «гибридная война» и перспективы включения этого термина в международно-правовую терминологию**

Продолжительное время термины «гибридная война», «информационная война», «цветная революция» воспринимались как элементы исключительно политологиче-

<sup>1</sup> См., например: [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.rbc.ru/politics/11/11/2016/582557789a79475783e2b0a4> (дата обращения: 16.11.2017)

<sup>2</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.mid.ru/nedostovernie-publikacii> (дата обращения: 16.11.2017)

<sup>3</sup> 'Digital Geneva Convention' Needed to Deter Nation-State Hacking: Microsoft President [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.reuters.com/article/us-microsoft-cyber-idUSKBN15T26V> (дата обращения: 16.11.2017)

<sup>4</sup> Шойгу объявил о создании войск информационных операций [Электронный ресурс]: // URL: <https://rg.ru/2017/02/22/shojgu-obiavil-o-sozdanii-vojsk-informacionnyh-operacij.html> (дата обращения: 16.11.2017)

<sup>5</sup> Russian Interference an "Act of War": Cheney [Электронный ресурс]: // URL: <http://thehill.com/policy/cybersecurity/325928-cheney-russian-election-interference-could-be-act-of-war> (дата обращения: 16.11.2017)

<sup>6</sup> См. статистику русскоязычного сектора Google [Электронный ресурс]: // URL: <https://trends.google.ru/trends/> ) и его англоязычного сектора [Электронный ресурс]: // <https://trends.google.com/trends/>.

ские<sup>7</sup> или культурологические<sup>8</sup>, не имеющие отношения к международному праву. Однако с недавних пор в западном экспертном сообществе началось активное исследование именно международно-правовых аспектов «гибридной войны»<sup>9</sup>. Отечественная доктрина международного права, за редким исключением<sup>10</sup>, по-прежнему предпочитает не оперировать данным термином, исходя из того, что «гибридная война» вообще не является термином международного права. С одной стороны, данная позиция является оправданной, поскольку словосочетание действительно формально не закреплено в действующих международно-правовых документах.

С другой стороны, последние десятилетия стали наглядной иллюстрацией того, как политологические термины «гуманитарная интервенция» или «несостоявшиеся государства» вдруг начинали оказывать сильнейшее влияние на всю парадигму действующего международного права. Более того, именно из-за строгого размежевания терминов на «политологические» и «международно-правовые» отечественная доктрина международного права нередко приобретает реакционный характер, поскольку вынуждена лишь реагировать и отвечать на те дискуссионные концепции, которые возникают в рамках западного аналитического дискурса и затем активно продвигаются по всему миру.

Совершенно очевидно, что, несмотря на все усилия международного сообщества, проблема применения силы в современном международном праве не решена окончательно, однако в последние десятилетия большинство государств даже при реализации откровенно агрессивной политики стремится придать собственным действиям максимальную легитимность в глазах международного сообщества. Именно поэтому «война» не является в последние годы часто эксплуатируемым международно-правовым термином, поскольку автоматически отсылает к прямому нарушению Устава ООН. По данной причине весьма часто происходит замена термина «война» на эвфемизмы «международный конфликт» или «международный кризис». В случае с «гибридной войной» термин «война» выведен весьма подчеркнуто, что, по мнению отдельных экспертов, призвано оказывать «воздействие как на рациональное, так и на эмоциональное восприятие субъектом военно-политической действительности»<sup>11</sup>, поскольку термин «война» однозначно ассоциируется с негативными противоправными действиями. Кроме того, в последние десятилетия прослеживается явная тенденция к тому, что «прямые, открытые военные столкновения оказываются второстепенными по отношению к латентным конфликтам»<sup>12</sup>. Данное обстоятельство привело к беспрецедентному росту количества гражданских войн, сепаратизма и национального самоопределения во всем мире.

В.С. Котляр отмечает два основных контекста современного использования словосочетания «гибридная война». Первый связан с применением данного термина в слу-

<sup>7</sup> Демидов А.В. Стратегия «управляемого хаоса», как одно из проявлений политики «гибридных войн» // Геополитический журнал. 2015. № 2. С.16–20.

<sup>8</sup> Кочетков В.В. Культурное измерение гибридных войн // Вестник Московского университета. Социология и политология. 2015. № 4. С. 263–267.

<sup>9</sup> Sari A. Legal Aspects of Hybrid Warfare [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.lawfareblog.com/legal-aspects-hybrid-warfare> (дата обращения: 16.11.2017)

<sup>10</sup> См., напр.: Мартыненко Е.В., Бисультанов А.К. Гибридная война и международное гуманитарное право // Евразийский юридический журнал. 2016. № 6. С. 24.

<sup>11</sup> Белозеров В.К., Соловьев А.В. Гибридная война в отечественном политическом и научном дискурсе // Власть. 2015. № 9. С. 8.

<sup>12</sup> Герасимов Н.Н. Современная эпоха войн гибридного типа // Актуальные проблемы гуманитарных и социально-экономических наук. 2016. № 10. С. 120.

чаях «использования иррегулярных воинских формирований, возрастания роли спецслужб, диверсий, провокаций и других форм и способов ведения подрывных операций, информационных и финансово-экономических операций, кибератак, методов психологического воздействия на поведение людей»<sup>13</sup>. Второй контекст использования термина связан с проведением «масштабной подрывной операции без участия регулярных вооруженных сил нападающего государства, но с опорой на внутренние политические силы страны-жертвы, которые разделяют позицию нападающего государства, с целью смены режима страны-жертвы или радикального изменения ее политики при массивной материальной и информационной поддержке»<sup>14</sup>. Таким образом, в международно-правовом дискурсе «гибридная война» представляет собой «зонтичный термин», призванный обозначить различные способы воздействия на противника, находящиеся за пределами классического военно-силового противостояния.

Важно отметить, что в международном праве уже более 30 лет существует термин «государственный терроризм», который по своему содержательному наполнению весьма близок к «гибридной войне». «Государственный терроризм» является чрезвычайно многозначным явлением, но все его проявления так или иначе сводятся к направленному латентному воздействию на одно государство со стороны другого государства. Это может быть деятельность, направленная на поддержку экстремистских и террористических организаций, так называемый «терроризм, спонсируемый государством (спонсирование Аль-Каиды со стороны США для противодействия СССР в Афганистане является классическим примером)». Это также может быть деятельность государства, направленная на политическую и финансовую поддержку оппозиции в другом государстве с далеко идущими планами (практически любая «цветная революция» либо «арабская весна» подходит под данный формат). «Государственным терроризмом» также можно назвать деятельность спецслужб того или иного государства, незаконно проводимую на территории другого государства. К подобной деятельности можно отнести незаконное прослушивание посольств и ведомств другого государства, подрыв стратегических объектов, организацию заказных убийств политических деятелей. В Женевской декларации (1987) отмечена противоправность политики «государственного терроризма», однако полномасштабная запрещающая конвенция по данному вопросу до сих пор не принята.

## **Возникновение концепции «гибридной войны»: причины и предпосылки**

Выделим три ключевые группы причин появления феномена «гибридная война», условно обозначив их как «юридические», «военные» и «технические».

Первая группа причин («юридические») напрямую связана с запретом на применение вооруженной агрессии для разрешения межгосударственных противоречий, закрепленного в ст. 2 Устава ООН (1945). В результате введения данного императивного принципа начался активный поиск несиловых методов реализации внешнеполитических целей отдельных государств, который позволил бы государствам не выходить за рамки запрета на применение вооруженной силы. Ряд экспертов также полагает, что юридиче-

<sup>13</sup> Котляр В.С. К вопросу о «гибридной войне» и о том, кто же ее ведет на Украине [Электронный ресурс]: // URL:<https://interaffairs.ru/jauthor/material/1350> (дата обращения: 16.11.2017)

<sup>14</sup> Там же.

ский запрет на применение силы в международных отношениях, на фоне которого несколько десятилетий разворачивалась «холодная война», также способствовал тому, что государства были вынуждены прибегать к отдельным элементам «гибридной войны»: «Невозможность прямого военного столкновения между вооруженными силами Советского Союза и Соединенных Штатов Америки подталкивала к неминуемой военно-политической поддержке противоборствующих сторон в каждом вооруженном конфликте»<sup>15</sup>.

Вторая группа причин появления термина «гибридная война» (которую можно условно обозначить как «военную») связана с тем, что глобальное военно-силовое противостояние становится все менее актуальным даже не из-за противоправности с точки зрения международного права, а из-за фактической военной неэффективности. Массовый характер вооруженных действий уходит в прошлое, равно как и использование огромных армий, а также наличие четко очерченного театра военных действий. Кроме того, в западных странах крупные военные потери, сопровождающиеся массовой гибелью солдат, вызывают закономерный электоральный протест (примером служат массовые демонстрации в США против конфликтов в Ираке и Афганистане). Потери в «информационной войне» несравнимы с открытым военно-силовым противостоянием, а результат не менее эффективен. Весьма показательно, что переориентация на «гибридные войны», «арабские весны», а также на «информационные войны» был сделан многими западными государствами именно после неоднозначных интервенций США и НАТО на Ближнем Востоке в начале XXI века.

В настоящее время информационное противостояние и воздействие с помощью «мягкой силы» фактически выведено за пределы действующего международно-правового поля. Поток информации льется на среднестатистического гражданина непрерывно, постепенно и ненавязчиво меняя его ценности, искажая его восприятие истории, изменяя его картину мира. Таким образом, одной из целей «гибридной войны» является «замещение традиционных базовых ценностей общества морально-психологическими установками агрессора»<sup>16</sup>. Отечественные эксперты отмечают, что «гибридная война» сопровождается использованием «массовых манипулятивных психотехнологий, применением направленного информационного воздействия на массовое сознание людей с учетом их этнопсихологических, гендерных, психолого-возрастных и других особенностей»<sup>17</sup>. Благодаря повсеместному распространению информационно-коммуникационных технологий, в особенности сети «Интернет», театром военных действий «гибридной войны» теоретически может служить весь земной шар.

Третью группу причин, актуализирующую тематику «гибридной войны», обозначим как «техническую», поскольку она напрямую связана с растущими по экспоненте техническими возможностями современных государств. Беспрецедентная глобализация информационного пространства и появление новых технологий в сфере массовых коммуникаций в последние два десятилетия привела к тому, что для несилового противостояния появилось больше сравнительно недорогих и эффективных средств, чем для классического военно-силового противостояния, весьма затратного и технически

<sup>15</sup> Дерешко Б.Ю. Морально-психологическое обеспечение противостояния в гибридных войнах: правовые аспекты // Вестник военного права. 2016. № 1. С. 55.

<sup>16</sup> Узун О.Л., Узун С.Л. Правовое регулирование информационной безопасности как элемента национальной безопасности в условиях современных гибридных войн // Право. Безопасность. Чрезвычайные ситуации. 2015. № 1. С. 28.

<sup>17</sup> Собольников В.В. Место и роль психологического воздействия в стратегии ведения «гибридных» войн НАТО // Гуманитарные проблемы военного дела. 2015. № 3. 2015. С. 25.

сложного. Финансовая разница между, например, установкой, размещением и обслуживанием противоракетного комплекса, с одной стороны, и информационным вбросом, в особенности в крупных подконтрольных СМИ, с другой, очевидна.

## Перспективы правового регулирования «гибридных войн»

Существует значительное количество международных документов декларативного характера, которые так или иначе затрагивают информационную сферу, например, резолюции Генеральной Ассамблеи ООН<sup>18</sup>. С другой стороны, по-настоящему действенных нормативно-правовых документов, имеющих обязательный характер, пока крайне мало.

Одним из самых известных многосторонних инструментов в сфере информационно-го взаимодействия является Будапештская конвенция Совета Европы о киберпреступности (2001), однако она, во-первых, существенно ограничена кругом ее участников; во-вторых с учетом развития информационных технологий она не могла не устареть морально более чем за 15 лет; в-третьих, данная Конвенция является весьма спорной с точки зрения содержания отдельных положений (например, предполагающих трансграничный доступ к данным при расследованиях), из-за чего отдельные эксперты даже называют ее «попыткой легализовать шпионаж в глобальных масштабах»<sup>19</sup>.

С 2011 г. Российская Федерация предлагает проект Конвенции об обеспечении международной информационной безопасности, где впервые на нормативно-правовом уровне вводится понятие «информационной войны» как «противоборства между двумя или более государствами в информационном пространстве с целью нанесения ущерба информационным системам, процессам и ресурсам, критически важным и другим структурам, подрыва политической, экономической и социальной систем, массовой психологической обработки населения для дестабилизации общества и государства, а также принуждения государства к принятию решений в интересах противоборствующей стороны»<sup>20</sup>. Ст. 6 данного проекта содержит обязательство стран-членов «не использовать информационно-коммуникационные технологии для вмешательства в дела, относящиеся к внутренней компетенции другого государства»<sup>21</sup>. К сожалению, после перелома в международных отношениях, связанного с конфликтом в Украине, перспективы принятия любых международно-правовых инициатив, исходящих со стороны России, в том числе и самых благих будут весьма призрачными из-за активного противодействия западных государств.

Кроме того, преимущества подписания полномасштабной «цифровой конвенции» также не очевидны. В последние полвека международно-правовое регулирование нередко становилось заложником трех весьма стандартных моделей. Первая связана с

<sup>18</sup> Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН A/RES/64/211 «Создание глобальной культуры кибербезопасности и оценка национальных усилий по защите важнейших информационных инфраструктур» от 21.12.2009 и A/RES/70/455 «Достижения в сфере информатизации и коммуникаций в контексте международной безопасности» от 23.12. 2015.

<sup>19</sup> Крутских А., Стрельцов А. Международное право и проблема обеспечения международной информационной безопасности [Электронный ресурс]: // URL: <https://interaffairs.ru/jauthor/material/1167> (дата обращения: 16.11.2017)

<sup>20</sup> Конвенция об обеспечении международной информационной безопасности (концепция) [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.mid.ru/foreign\\_policy/official\\_documents/-/asset\\_publisher/CptlCkV6BZ29/content/id/191666](http://www.mid.ru/foreign_policy/official_documents/-/asset_publisher/CptlCkV6BZ29/content/id/191666) (дата обращения: 16.11.2017)

<sup>21</sup> Там же.

тем, что достижение консенсуса по тому или иному вопросу приводило к принятию слишком общего по своему характеру документа, не обладающего должной регулятивной силой и носящего фактически декларативный характер (например, Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации женщин (1979)). В рамках второй модели принимается остроактуальный документ с проработанным правовым механизмом, однако его действие существенно ограничивается количеством подписавших и ратифицировавших его сторон, в число которых обычно не входят государства, наиболее активно действующие в рамках предмета регулирования конвенции (например, Конвенция по касетным боеприпасам (2008)). В рамках третьей модели соглашение или конвенция остаются на уровне так называемого «Проекта статей», который в итоге используется почти всеми, однако не имеет обязательной силы — например, Кодекс преступлений против мира и безопасности человечества (1996), Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (2001), Проект статей об ответственности международных организаций (2011).

Принятие всеобъемлющего документа в области информационной безопасности существенно осложняется спецификой информационной среды как сферы правового регулирования. Современные информационно-коммуникационные технологии «настолько динамичны, что правовые нормы не всегда успевают адекватно отразить новую информационную реальность»<sup>22</sup>. Кроме того, введение правовых рамок предполагает достижение политического консенсуса, а информационное пространство пока очень далеко от хотя бы минимального согласования или же введения единой терминологии.

Некоторые авторы утверждают, что «гибридные войны» предполагают «необходимость серьезной масштабной международной деятельности по совершенствованию норм права войны и международного гуманитарного права»<sup>23</sup>. С одной стороны, с этим трудно не согласиться, однако с другой нельзя отрицать, что отсутствие правового регулирования в той или иной сфере нередко означает, что государствам как основным субъектам международного права выгодно данное отсутствие. Игра на информационно-коммуникационном поле вне правовых рамок сегодня частично компенсирует государствам те возможности, которые не могут быть достигнуты из-за запрета на применение вооруженной силы. Данный фактор приводит к тому, что нередко государства дают согласие на правовое регулирование той или иной сферы лишь тогда, когда возникают новые возможности помимо данной сферы. Так, если посмотреть на эволюцию запрещения отдельных видов оружия, можно увидеть, что международное право отстает на несколько десятков лет от стадии, на которой находится применяемое государствами вооружение. Сказанное относится к противопехотным минам, химическому оружию, отдельным видам зажигательного оружия.

Таким образом, правовое регулирование отдельных элементов информационной сферы станет частью международной нормативно-правовой базы лишь когда противоборство государств будет осуществляться за счет иных, не урегулированных правом методов. Также можно предположить, что с внедрением новых способов информационного воздействия значение отдельных видов обычных вооружений будет постепенно снижаться, по крайней мере, для технически развитых государств. Безусловно, изменчивость и нестабильность международно-политического пространства позволяют допустить любые варианты противостояния государств, в диапазоне от экономических

<sup>22</sup> Крутских А., Стрельцов А. Указ. соч.

<sup>23</sup> Дерешко Б.Ю. Указ. соч. С. 58–59.

санкций до глобальной ядерной войны. Однако наиболее вероятным вариантом противодействия наиболее развитых в экономическом плане государств сегодня становится именно «гибридная война» как вариант, наименее затратный и наименее доказуемый в качестве основания международной ответственности.

## **Перспективы привлечения государств к международной ответственности за «гибридные войны»**

Регламентация силового взаимодействия государств непосредственно связана с принципом неприменения силы и угрозы силой, зафиксированным в ст. 2 Устава ООН. При этом очевидно, что сила может быть очень разнообразной — военной, культурной, экономической, информационной и т.д. От используемого прилагательного напрямую зависит, использование какой именно силы противоправно и влечет за собой юридические последствия. Показательно, что в самом начале работы ООН делегации Бразилии и Боливии выступали с предложениями ввести уточнения запрета на применение экономической силы для ограничения санкционного воздействия, однако данные предложения не были приняты. Можно констатировать, что использование информационно-силового воздействия в настоящее время выведено за рамки нормативно-правового регулирования.

Подавляющее большинство современных международно-правовых документов разрабатывались в расчете на межгосударственные конфликты, но не на внутреннее противостояние. Именно поэтому события, связанные с самоопределением народов и наций, а также с «цветными революциями», «арабскими веснами» и пр. вызывают такое количество разногласий и приводят к появлению «двойных стандартов» при трактовке важнейших международно-правовых документов.

Как отмечают эксперты, «существенная особенность гибридной войны состоит практически в отсутствии грани между состоянием войны и мира»<sup>24</sup>. Это приводит к тому, что чисто информационный компонент «гибридной войны» лежит за пределами действия современного международного права. Кроме того, даже при применении вооруженной силы международная ответственность за подобные деяния крайне трудно доказывается и крайне редко доводится до финальной стадии имплементации. Если же речь идет о «гибридной войне», то шансы на установление международной ответственности за данный вид деятельности практически отсутствуют, поскольку с точки зрения современного международного права подобное вмешательство доказать практически невозможно. Вообще тематика доказательств, аргументации и проверки фактов при «гибридной войне» не особенно актуальна: гораздо важнее создание «информационного шума» путем различных «информационных вбросов», публикации псевдоаналитических докладов и пр. Это приводит к тому, что инициатор или «агрессор» в «гибридной войне» не всегда очевиден, в особенности с позиций широкой общественности. Таким образом, термин является «обоюдоострым»<sup>25</sup>.

Например, весьма показательным, что конфликт в Украине (начавшийся в 2014 г.) называют «гибридной войной» как российские<sup>26</sup>, так и западные специалисты<sup>27</sup>, при этом в

<sup>24</sup> Мартыненко Е.В., Бисультанов А.К. Указ. соч. С. 24.

<sup>25</sup> Белозеров В.К., Соловьев А.В. Указ. соч. С. 8.

<sup>26</sup> См., напр.: Котляр В.С. Указ. соч.

<sup>27</sup> См., напр.: Bachmann S., Gunneriusson H. Russia's Hybrid Warfare in the East: Using the Information Sphere as Integral to Hybrid Warfare // Georgetown Journal of International Affairs. October 2016. P. 198–210; Hunter E., Pernik P. The Challenges of Hybrid Warfare [Электронный ресурс]: // URL:https://www.

качестве «агрессора» выступают противоположные стороны. Из-за специфичности и всеохватности информационного поля нередко возникает ситуация, когда точная установка «агрессора» практически невозможна. Кроме того, современные технологии позволяют запутывать следы при дистанционном системном взломе (например, вставка русских слов в строки кода для объявления о «русском следе»<sup>28</sup>), что существенно затрудняет установление истинного исполнителя кибератаки. При этом очевидно, что основной акцент применения словосочетания «гибридная война» в западном информационном поле делается на то, чтобы термин стал «расхожим штампом, «ярлыком» для оценки действий России»<sup>29</sup>.

Можно констатировать, что основные международно-правовые вопросы, возникающие в контексте «гибридной войны», заключаются в следующем:

допустимо ли считать «гибридную войну» международно-правовым термином?

если «гибридная война» является войной в правовом смысле, можно ли и нужно ли ставить процесс ее ведения в правовые рамки?

может ли урон от «гибридной войны» считаться основанием для международной ответственности?

можно ли проводить прямые параллели между военной и информационной сферой, например, должна ли кибератака считаться основанием самообороны государства по смыслу ст. 51 Устава ООН?

Указанные вопросы являются своеобразной «дорожной картой» для дальнейшей правовой регламентации вопросов, связанных с «гибридными войнами». С учетом того, что на учреждение формального запрета на неправомерное применение вооруженной силы потребовались без преувеличения тысячи лет, можно предположить, что крайние формы информационного противостояния также однажды могут быть поставлены в определенные рамки. Однако очевидно, что это произойдет лишь если будут разработаны новые способы разрешения межгосударственных противоречий и претворения в жизнь национальных интересов.

Можно констатировать, что перспективы нормативного (обычно-правового или договорно-правового) урегулирования тематики «гибридной войны» пока являются весьма туманными, поскольку принятие международно-правовых документов должно сопровождаться широким консенсусом, которого по рассмотренной проблематике в настоящее время не наблюдается.



## Библиография

Белозеров В.К., Соловьев А.В. Гибридная война в отечественном политическом и научном дискурсе // Власть. 2015. № 9. С. 5–11.

Демидов А. В. Стратегия «управляемого хаоса», как одно из проявлений политики «гибридных войн» // Геополитический журнал. 2015. №2. С. 16–20.

Дерешко Б.Ю. Морально-психологическое обеспечение протипротивоборства в гибридных войнах: правовые аспекты // Вестник военного права. 2016. № 1. С. 55–60.

[icds.ee/fileadmin/media/icds.ee/failid/Eve\\_Hunter\\_Piret\\_Pernik\\_-\\_Challenges\\_of\\_Hybrid\\_Warfare.pdf](https://icds.ee/fileadmin/media/icds.ee/failid/Eve_Hunter_Piret_Pernik_-_Challenges_of_Hybrid_Warfare.pdf) (дата обращения: 16.11.2017); Kofman M., Rojansky M. A Closer look at Russia's "Hybrid War" [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.files.ethz.ch/isn/190090/5-KENNAN%20CABLE-ROJANSKY%20KOFMAN.pdf> (дата обращения: 16.11.2017)

<sup>28</sup> Wikileaks: ЦРУ может утаивать кибератаки под видом «русских хакеров» [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.vz.ru/news/2017/3/7/860924.html> (дата обращения: 16.11.2017)

<sup>29</sup> Белозеров В.К., Соловьев А.В. Указ. соч. С. 9.

Герасимов Н.Н. Современная эпоха войн гибридного типа // Актуальные проблемы гуманитарных и социально-экономических наук. 2016. № 10. С. 120–125.

Котляр В.С. К вопросу о «гибридной войне» и о том, кто же ее ведет на Украине // URL: <https://interaffairs.ru/jauthor/material/1350> (дата обращения: 16.11.2017)

Кочетков В.В. Культурное измерение гибридных войн // Вестник Московского университета. Социология и политология. 2015. № 4. С. 263–267.

Крутских А., Стрельцов А. Международное право и проблема обеспечения международной информационной безопасности // Международная жизнь. 2014. № 11 // URL: <https://interaffairs.ru/jauthor/material/1167> (дата обращения: 16.11.2017)

Мартыненко Е.В., Бисультанов А.К. Гибридная война и международное гуманитарное право // Евразийский юридический журнал. 2016. № 6. С. 24–26.

Мокшанов М.Г. Актуальные вопросы противостояния гибридным войнам в условиях современной действительности // Наука. Мысль. 2015. № 3. С. 60–63.

Собольников В.В. Место и роль психологического воздействия в стратегии ведения «гибридных» войн НАТО // Гуманитарные проблемы военного дела. 2015. № 3. С. 25–31.

Узун О.Л., Узун С.Л. Правовое регулирование информационной безопасности как элемента национальной безопасности в условиях современных гибридных войн // Право. Безопасность. Чрезвычайные ситуации. 2015. № 1. С. 27–31.

Bachmann S., Gunneriusson H. Russia's Hybrid Warfare in the East: Using the Information Sphere as Integral to Hybrid Warfare // Georgetown Journal of International Affairs. October 2016. P. 198–210.

Hunter E., Pernik P. Challenges of Hybrid Warfare. Tallinn, 2015 // [https://www.icds.ee/fileadmin/media/icds.ee/failid/Eve\\_Hunter\\_\\_Piret\\_Pernik\\_-\\_Challenges\\_of\\_Hybrid\\_Warfare.pdf](https://www.icds.ee/fileadmin/media/icds.ee/failid/Eve_Hunter__Piret_Pernik_-_Challenges_of_Hybrid_Warfare.pdf) (дата обращения: 16.11.2017)

Kofman M., Rojansky M. Closer Look at Russia's "Hybrid War" // Kennan Cable. April 2015 // URL: <https://www.files.ethz.ch/isn/190090/5-KENNAN%20CABLE-ROJANSKY%20KOFMAN.pdf> (дата обращения: 16.11.2017)

Sari A. Legal Aspects of Hybrid Warfare // October 2015 // <https://www.lawfareblog.com/legal-aspects-hybrid-warfare> (дата обращения: 16.11.2017)

---

## Hybrid Warfare: International Law Dimension



**Kira Sazonova**

Associate Professor, Institute of Public Administration and Management, Russian Academy of National Economy and Administration under the President of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences, Candidate of Political Sciences. Address: 84 Vernadsky Prospect, Moscow 119606, Russian Federation. E-mail: [kira\\_sazonova@mail.ru](mailto:kira_sazonova@mail.ru)



### Abstract

In the last three years, the term “hybrid warfare” is being actively applied in political context. However, legal aspects of this phenomenon remain insufficiently studied. As a result, there is a dangerous situation when the term reflecting real tendencies in the sphere of military and informational policy of the states gradually takes root into research terminology, without any appropriate legal content yet. Nowadays there is a serious discussion about the possibility of using this term in a legal context and about the opportunities of its further inclusion into international legal terminology. The phenomenon of “hybrid warfare” shows sharp increase of the importance of informational component in international relations. It also represents the logical continuation of practical implementation of the concept of “color revolutions” and “Arab springs” which mainly deal with non-military impact on the opponent. The author believes that the prospects of inclusion of the term “hybrid warfare” in terminology of international law are very nebulous, taking into account that there have been legal term “state terrorism” for more than three decades, with a very similar sense, which has not yet become a subject of international legal regulation in the specialized convention. Moreover, the fact that “hybrid warfare” became a journalistic cliché for designation of actions of the states are not fitting into a framework of a traditional military paradigm, has extremely bad effect on the prospects of legal

regulation of this phenomenon. Besides, the information and communication sphere represents too difficult subject of legal regulation due to its dynamism. The author points out the most significant international legal issues arising from legal connotation of the term “hybrid warfare”, including the problem of conducting direct analogies between the classical military categories and the categories of “hybrid war”. In this context, the problem is whether cyber-attacks can be considered as a basis for the state self-defense, as well as whether actions of states during “hybrid war” can be considered as the basis for the international responsibility of states.



## Keywords

hybrid warfare; international law; information war; conflicts; state terrorism; international responsibility.

Citation: Sazonova K.L. (2017) Hybrid Warfare: International Law Dimension. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 177–187 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.177.187



## References

Bachmann S., Gunneriusson H. (2016) Russia's Hybrid Warfare in the East: Using the Information Sphere as Integral to Hybrid Warfare. *Georgetown Journal of International Affairs*. October, pp. 198–210.

Belozherov V.K., Solov'ev A.V. (2015) Gibrinaya voyna v otechestvennom politicheskom i nauchnom diskurse [Hybrid war in Russian political and academic discourse]. *Vlast'*, no. 9, pp. 5–11.

Demidov A.V. (2015) Strategiya «upravlyayemogo khaosa», kak odno iz proyavleniy politiki «gibrinnykh voyn» [Strategy of controlled chaos as a policy of hybrid wars]. *Geopoliticheskiy zhurnal*, no 2, pp. 16–20.

Dereshko B.Yu. (2016) Moral'no-psikhologicheskoe obespechenie protivoborstva v gibrinnykh voynakh: pravovye aspekty [Moral and psychology in hybrid wars. Legal aspects]. *Vestnik voennogo prava*, no. 1, pp. 55–60.

Gerasimov N.N. (2016) Sovremennaya epokha voyn gibrinogo tipa [Modern epoch of hybrid wars]. *Aktual'nye problemy gumanitarnykh i sotsial'no-ekonomicheskikh nauk*, no. 10, pp. 120–125.

Hunter E., Pernik P. (2015) Challenges of Hybrid Warfare. International Center for Defense and Security, Tallinn. Available at: URL: [https://www.icds.ee/fileadmin/media/icds.ee/failid/Eve\\_Hunter\\_Piret\\_Pernik\\_-\\_Challenges\\_of\\_Hybrid\\_Warfare.pdf](https://www.icds.ee/fileadmin/media/icds.ee/failid/Eve_Hunter_Piret_Pernik_-_Challenges_of_Hybrid_Warfare.pdf) (accessed: 16.11.2017)

Kochetkov V.V. (2015) Kul'turnoe izmerenie gibrinnykh voyn [Cultural dimension of hybrid wars]. *Vestnik Moskovskogo universiteta. Sotsiologiya i politologiya*, no. 4, pp. 263–267.

Kofman M., Rojans M. (2015) Closer look at Russia's “Hybrid War”. *Kennan Cable*. Available at: <https://www.files.ethz.ch/isn/190090/5-KENNAN%20CABLE-ROJANSKY%20KOFMAN.pdf> (accessed: 16.11.2017).

Kotlyar V.S. (2015) K voprosu o «gibrinnoy voyne» i o tom, kto zhe ee vedet na Ukraine [On hybrid war and Ukraine]. *Mezhdunarodnaya zhizn'*, no 8. Available at: URL: <https://interaffairs.ru/jauthor/material/1350> (accessed: 11.11.2017).

Krutsikh A., Strel'tsov A. (2014) Mezhdunarodnoe pravo i problema obespecheniya mezhdunarodnoy informatsionnoy bezopasnosti. *Mezhdunarodnaya zhizn'*, no. 11. Available at: URL: <https://interaffairs.ru/jauthor/material/1167> (accessed: 16.11.2017)

Martynenko E.V., Bisul'tanov A.K. (2016) Gibrinaya voyna i mezhdunarodnoe gumanitarnoe pravo [Hybrid war and international humanitarian law]. *Evraziyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 6, pp. 24–26.

Mokshanov M.G. (2015) Aktualnye voprosy protivostoyaniya gibrinnykh voynam v usloviakh sovremennoy deistvitelnosti [Contemporary Issues of Confronting Hybrid Warfare]. *Nauka. Mysl'*, no. 3, pp. 60–63.

Sari A. (2015) Legal Aspects of Hybrid Warfare. *Lawfare*. Available at: <https://www.lawfareblog.com/legal-aspects-hybrid-warfare> (accessed: 16.11.2017).

Sobol'nikov V.V. (2015) Mesto i rol' psikhologicheskogo vozdeystviya v strategii vedeniya «gibrinnykh» voyn NATO [Role of psychological effect in NATO hybrid wars]. *Gumanitarnye problemy voennogo dela*, no. 3, pp. 25–31.

Uzun O.L., Uzun S.L. (2015) Pravovoe regulirovanie informatsionnoy bezopasnosti kak elementa natsional'noy bezopasnosti v usloviyakh sovremennykh gibrinnykh voyn [Legal regulation of information security in modern hybrid wars]. *Pravo. Bezopasnost'. Chrezvychaynye situatsii*, no. 1, pp. 27–31.

# Доктрина фрустрации в английском договорном праве<sup>1</sup>



**А.А. Чукреев**

доцент кафедры трудового права и предпринимательства Института государства и права Тюменского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 625003, Российская Федерация, Тюмень, ул. Володарского, 6. E-mail: aachukreyev@mail.ru



## Аннотация

Человечество сталкивалось в прошлом и неизбежно будет сталкиваться в будущем с мощными силами природного и антропогенного характера, которые оказывают драматическое и зачастую длительное воздействие на общество, в том числе на экономику, коммерческие и прочие договоры. Фрустрация — один из оригинальных институтов английского права, позволяющий суду освободить стороны от дальнейшего исполнения договора при наступлении таких обстоятельств, когда такое исполнение становится невозможным или чрезмерно экономически невыгодным. Появлению этого правового института в Англии во второй половине XIX в. предшествовал долгий период, в течение которого юридическая практика неотступно следовала принципу *pacta sunt servanda*. В статье исследуются основные судебные прецеденты, иллюстрирующие развитие доктрины фрустрации договора в английском праве, приводятся воззрения английских правоведов, а также делается попытка сравнительного анализа указанной доктрины и соответствующих норм российского права. Методологическую основу исследования составляют совокупность методов научного познания, среди которых основное место занимают исторический и сравнительно-правовой методы. В течение полуторазековой истории своего развития доктрина тщетности договора в английском праве существенно эволюционировала. За этот период углубилось понятие о природе и видах обстоятельств, которые могут вызвать тщетность договора, о сути такой тщетности, о необходимых ограничениях в применении этой доктрины, а также о правовых последствиях фрустрации. Следует признать, что, являясь своеобразным правовым институтом, фрустрация договора близка по природе к таким традиционно применяемым в странах европейской континентальной семьи гражданско-правовым конструкциям, как непреодолимая сила (форс-мажор) и простой случай, а также невозможность и крайняя затруднительность исполнения обязательств. Автор приходит к выводу о необходимости изучения доктрины фрустрации договора не только в академических целях, но и для совершенствования соответствующих российских правовых норм, практики их применения, обеспечения работы отечественных юристов в сфере применения английского права и права стран, испытавших влияние данной доктрины.



## Ключевые слова

договор, фрустрация договора, исполнение договора, невозможность исполнения, форс-мажор, вина, прецедент.

Библиографическое описание: Чукреев А.А. Доктрина фрустрации в английском договорном праве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 188–201.

JEL: K120; УДК: 347.447

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.188.201

<sup>1</sup> Работа выполнена с использованием справочно-поисковой системы КонсультантПлюс.

## Введение

Решающим моментом в конструкции договорной ответственности по английскому праву традиционно является *абсолютный, безусловный характер принимаемого должником договорного обязательства*, нарушение которого составляет единственное основание ответственности, а *вина (или невиновность)* неисправного должника не имеет значения. Принцип «абсолютной» договорной ответственности был сформулирован судами «общего права», и до второй половины XIX в. английское право твердо придерживалось правила, что *последующая невозможность* не освобождает должника от ответственности и исполнения договора<sup>2</sup>. Более того, как до этого, так и по сей день, лицо, *определенно* принявшее на себя обязательство без всяких оговорок, т.е. взяв на себя все сопутствующие *риски*, не вправе требовать освобождения от ответственности, если нарушение такого обязательства вызвано событием вне контроля этого лица; с другой стороны, стороны всегда имеют возможность *прямо* предусмотреть в договоре те *риски*, за которые они не отвечают.

Формирование исключений из принципа безусловного исполнения договорного обязательства (*pacta sunt servanda*) происходило постепенно через выработку прецедентов по делам, в которых была установлена «*frustration of contract*». Это специфический термин, характерный только для англо-американского права, который охватывает сегодня «все случаи прекращения соглашения вследствие последующих событий вне контроля какой-либо из сторон»<sup>3</sup>. Здесь же стоит добавить, что *первоначальная невозможность исполнения обязательства*, т.е. существовавшая в момент, когда обязательство должно было возникнуть, охватывается в английском праве другим специфическим правовым институтом — доктриной *ошибки* (при заключении договора)<sup>4</sup>.

Фрустрация договора близка по своей природе к такой применяемой со времен Древнего Рима в странах европейской континентальной правовой семьи, в том числе и в России, гражданско-правовой конструкции, как *невозможность исполнения обязательства*, а также к относительно новой, сформировавшейся уже в XX в. конструкции — *крайней затруднительности исполнения обязательств (clausula rebus sic stantibus)*<sup>5</sup>. Суть в том, что обстоятельства, в контексте которых проходит исполнение обязательства, могут измениться, а такие перемены влекут два типа воздействия на договор: они могут сделать его исполнение *невозможным* либо *более обременительным*.

К этому стоит добавить напоминание об авторитетности английского права и правосудия во всем мире. Кроме того, в России многие осложненные иностранным элементом договоры, связанные с реализацией масштабных инвестиционных проектов, с участием в крупных корпорациях и т.п., стороны нередко стремятся подчинить английскому праву и передать на рассмотрение Лондонского международного арбитражного суда. Хотя в последние годы в силу разных причин (и не только геополитических) эта тенденция, по мнению специалистов, несколько ослабла<sup>6</sup>, она вряд ли сойдет на нет в обозримом будущем. Кроме того, в отношении России США, Великобритания, ряд

<sup>2</sup> См.: Ансон В. Договорное право. М., 1984. С. 306, 307. Классический пример– прецедент по делу *Paradine v Jane* [1647] EWHC KB J5.

<sup>3</sup> Там же. С. 306.

<sup>4</sup> Stone R., Devenney J., Cunningham R. Text, Cases and Materials on Contract Law. London, 2011. P. 482.

<sup>5</sup> См., напр.: Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. Т. II. М., 2002. С. 16, 41–54; McKendrick E. et al. Force Majeure and Frustration of Contract. London, 1995. P. 33.

<sup>6</sup> См.: Акчурина М.А., Молфа М. Азиатские арбитражные центры: вызов традиционным арбитражным институтам? // Закон. 2015. № 10. С. 71–87.

иных государств и Европейский союз ввели с 2014 г. череду экономических санкций, а наша страна симметрично ответила на это. Война санкций породила особое давление на исполнимость попадающих в сферу их действия внешнеэкономических контрактов<sup>7</sup>. Все это говорит в пользу необходимости исследования отечественными правоведами английской *фрустрации договора*.

## Возникновение и становление доктрины фрустрации в английском договорном праве

Возникновение *доктрины фрустрации договора в английском праве* связывают с прецедентом по делу *Taylor v Caldwell* (1863) 3 B & S 826. Было арендовано здание с целью проведения в нем концерта. Но прежде чем концерт был дан, здание уничтожил пожар. Арендодатель потребовал арендную плату. Суд королевской скамьи решил, что договор был фрустрирован и ответчик не обязан платить арендную плату. Судья Блэкберн по этому делу сказал: «В отсутствие прямой или подразумеваемой гарантии существования вещи договор не может быть истолкован как положительно выраженный договор, но должен — как подчиненный подразумеваемому условию о том, что стороны будут освобождены от обязанностей, если до нарушения исполнение станет невозможным вследствие гибели вещи при отсутствии неисправности контрагента».

Таким образом, новой доктриной *основанием тщетности договора* была признана *гибель индивидуально-определенной вещи, являющейся объектом обязательства*. При этом становление института фрустрации договора базировалось на теории «подразумеваемых условий» (*implied conditions*)<sup>8</sup>. Затем судебная доктрина стала признавать *фрустрирующими договор событиями последующую смерть<sup>9</sup> или делающую исполнение обязательства невозможным болезнь<sup>10</sup> стороны в контрактах личного найма*.

Вскоре «новая доктрина вышла за рамки буквальной невозможности и была распространена на ситуации, когда создавалась «тщетность морского предприятия»<sup>11</sup>, что можно увидеть на примере дела *Jackson v Union Marine Insurance Co Ltd* (1873) LR 10 CP 125. Истец — собственник корабля заключил договор фрахтования, по которому судно должно было отправиться из Ливерпуля в Ньюпорт, а из Ньюпорта уже с грузом железного бруса — в Сан-Франциско. Корабль вышел из Ливерпуля, но сел на мель. Шесть недель спустя фрахтователь нанял другое судно. Севший же на мель корабль был снят с нее тремя днями позже, но его ремонт занял еще несколько месяцев. Истец потребовал от страховой компании-ответчика возмещения фрахта по чартеру. Но выполнение его требований зависело от ответа на вопрос: правомерно ли фрахтователь отказался от договора? Апелляционный суд казначейской палаты решил, что просрочка привела к прекращению договора фрахтования судна.

Затем в качестве *фрустрирующего обстоятельства* стало выделяться «существенное изменение в основании договора», как называет его Р. Гуд<sup>12</sup>, утверждая, что данное

<sup>7</sup> См.: Савельев А.И. Односторонние экономические санкции США: взгляд со стороны американского и российского права // Закон. 2015. № 5. С. 108–131.

<sup>8</sup> См. подробнее: Treitel G. The Law of Contract. 11th ed. London, 2003. P. 201–214.

<sup>9</sup> См.: *Stubbs v Holywell Railway Co* (1867) LR 2 Ex 311.

<sup>10</sup> См.: *Robinson v Davison* (1871) LR 6 Ex 269.

<sup>11</sup> Ансон В. Указ. соч. С. 308.

<sup>12</sup> *Goode R. Commercial Law*. 2nd ed. London, 1995. P. 142.

правило впервые применили в деле *Krell v Henry* [1903] 2 KB 740. Это было одно из так называемых «коронационных дел». В 1902 г. ответчик нанял у истца квартиру на два дня (26 и 27 июня) с целью просмотра назначенной на это время коронации Эдуарда VII. Однако будущий король заболел, и коронацию (единственный раз за всю историю Великобритании) перенесли. Апелляционный суд решил, что договор фрустрирован. Последнее дело интересно также и тем, что оно может рассматриваться в качестве примера *фрустрации* договора при отсутствии, строго говоря, *невозможности* его исполнения: в спорном договоре не было упоминания о коронационных процессиях, однако суд посчитал процессии и расположение арендуемой квартиры лежащими в *основании договора*, которое существенно изменилось<sup>13</sup>.

Массу судебных дел о тщетности договоров вызвала Первая Мировая война. В итоге еще одним обстоятельством, которое может полностью фрустрировать контракт, была признана *последующая незаконность* (*supervening illegality*). Яркий пример — дело *Ertel Bieber & Co v Rio Tinto Co Ltd* [1918] AC 260. Два договора, заключенные в 1914 г., призваны были обеспечить продажу британским поставщиком германской компании медной руды в 1915–1919 гг. Договоры содержали условие, приостанавливающее их действие, если вследствие войны стороны будут неспособны исполнить свои обязательства. Палата же лордов решила, что договоры стали ничтожными как противоречащие «публичной политике» (*public policy*)<sup>14</sup>.

В тот же период было выведено одно из *ограничений* применения доктрины фрустрации договора, суть которого в том, что *событие, приводящее к тщетности, должно поражать общее намерение сторон*<sup>15</sup>. По делу *Blackburn Bobbin Co Ltd v TW Allen & Sons Ltd* [1918] 2 KB 467 ответчик обязался поставить пиломатериалы, импортируемые им. К поставке должны были приступить в июле и завершить ее в ноябре 1914 г. Война началась в августе 1914 г., прежде чем продавец начал исполнять договор, и импорт пиломатериалов прекратился. Покупатель потребовал компенсации за нарушение обязательства. Апелляционный суд признал право истца на возмещение убытков. Лорд-судья Пикфорд при этом сказал: «Продавец в этом деле обязался поставить пиломатериалы до железной дороги в Халле, и покупателя не связывало то, как поставщик намеревался доставить туда пиломатериалы. ... Предметом исследования, полагаю, должно быть нечто, что обе стороны имели в виду, когда вступали в договор, такое, как, например, существование концертного зала в деле *Taylor v Caldwell* или длительность подготовки судна для выполнения контракта в деле *Jackson v Union Marine Insurance Co*. Здесь же нет ничего, указывающего на то, что истец предполагал, и нет причин считать его предположившим, что продавец должен продолжать иметь обычные возможности для быстрой отправки пиломатериалов из Финляндии. Как я сказал, это было вопросом, для истца совершенно несущественным. Это не было вопросом, формирующим основу договора...»

Еще одним из обстоятельств, могущих полностью фрустрировать договор, была признана *последующая невозможность исполнения вследствие государственного вмешательства*. Примером здесь является дело *Metropolitan Water Board v Dick, Kerr & Co Ltd*

<sup>13</sup> См.: Ансон В. Указ. соч. С. 306, 309, 445.

<sup>14</sup> Термин «публичная политика» в англо-саксонском праве — синоним понятия «публичный порядок» (*ordre public*) в европейской континентальной правовой традиции, в том числе в России — понятия «основы правопорядка (публичный порядок)». См.: Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право. М., 2013. С. 252, 253.

<sup>15</sup> Ансон В. Указ. соч. С. 320.

[1918] AC 119. В 1914 г. ответчик обязался перед Столичным управлением водоснабжения осуществить строительство резервуара и ирригационные работы в течение шести лет. В 1916 г. правительство приказало остановить работы. Палата лордов решила, что договор должен считаться тщетным на дату правительственного приказа. Лорд Дандин (*Dunedin*) здесь отметил следующее: «Акт правительства, который подействовал на подрядчика как форс-мажор (a vis major) благодаря его последствиям, сделал договор, если резюмировать, о работах на других условиях в отличие от тех, работа на которых была приостановлена...»

Позднее, по мнению, изложенному в известном учебнике договорного права В. Ансона<sup>16</sup>, формируется новая теория тщетности, суть которой в том, что «отпадение основы договора», фрустрирующее последний, не зависит от какого-либо *подразумеваемого условия*: *Russkoe Obschestvo d'lia Izgotovlenia Snariadov l'voennick Pripassov v John Stirk & Sons Ltd* (1922) 10 Ll L Rep 214; *Tatem (WJ) Ltd v Gamboa* [1939] 1 KB 132. На наш взгляд, корни этой концепции можно усмотреть и в прецеденте по делу *Krell v Henry*.

Еще одно важное *ограничение* доктрины тщетности договора – *произвольная, вызванная стороной договора фрустрация (self-induced frustration)*. Так, по делу *Maritime National Fish Ltd v Ocean Trawlers Ltd* [1935] AC 524 ответчик пользовался флотом рыболовных траулеров, в который входили собственные и два зафрахтованных судна, одно из последних было нанято у истца. На использование траулеров требовалась правительственная лицензия. Ответчик мог получить только три лицензии, и он распределил две лицензии среди двух собственных траулеров, а третью — траулеру, не нанятому у истца, а затем заявил, что более не связан чартером, поскольку его цель стала тщетной. Суд решил, что чартер не был фрустрирован. Судья Райт подчеркивал: «Сущность фрустрации такова, что она не должна быть вызвана деянием или выбором стороны».

## Дальнейшее развитие доктрины фрустрации договора

Теория «подразумеваемого условия», изначально позволившая обосновать ограничение английскими судами *свободы договора* в особых случаях *фрустрации* соглашений, со временем становится тормозом в развитии учения о последней, не давая ее *объективного* объяснения. В целях снятия обнаружившихся противоречий в деле *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council* [1956] AC 696 Палатой лордов была применена новая концепция — теория «изменения в обязательстве»<sup>17</sup> или «радикального изменения в обязательстве» (*radical change in the obligation*)<sup>18</sup>. Фабула дела такова. Подрядчик обязался построить дома для ответчика за восемь месяцев по фиксированной цене. В основном по причине недостатка рабочих строительство заняло почти два года и обошлось подрядчику дороже. Он обратился в суд, ссылаясь на тщетность договора и требуя «справедливого вознаграждения» за выполненную работу. Палата лордов решила, что договор не был фрустрирован. Определение *фрустрации договора*, сформулированное по данному делу лордом Рэдклифом, стало весьма авторитетным: «Тщетность имеет место во всех случаях, когда право признает, что без вины какой-либо из сторон договорное обязательство стало невозможным исполнить, потому что обстоятельства, в которых испрашивается исполнение, сделали бы его существенно отличным от того,

<sup>16</sup> Там же. С. 316, 317.

<sup>17</sup> Там же. С. 318.

<sup>18</sup> *Beatson J, Burrows A., Cartwright J. Anson's Law of Contract. Oxford, 2010. P. 487, 488.*

что было предусмотрено договором. *Non haec in foedera veni*. Это не то, что я обязался сделать»<sup>19</sup>.

Затем применение теории «изменения в обязательстве» продолжилось, например, в деле *Tsakiroglou & Co Ltd v Noble and Thorl GmbH* [1961] 2 WLR 633. В октябре 1956 г. истец обязался продать покупателю арахис с условием перевозки из Порт-Судана в Гамбург в течение ноября–декабря 1956 г. 7 октября 1956 г. истец зафрахтовал грузовое место в судне, планировавшем зайти в Порт-Судан в необходимое время. Но 2 ноября 1956 г. Суэцкий канал был закрыт. Продавец сорвал поставку, и, когда предстал перед судом, сослался на фрустрацию. Палата лордов решила, что тщетности договора нет, так как была разумная и выполнимая альтернатива, пусть возможно более дорогая — путь вокруг мыса Доброй Надежды.

Заметим, что Р. Гуд подход, использованный в деле *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council*, напрямую связывает с выводами по делу *Krell v Henry*<sup>20</sup>. В свете этого теория «отпадения основы договора», корни которой (по В. Ансону) также можно усмотреть и в *Krell v Henry*, — предстает перед нами в качестве своеобразной переходной формы концепции «изменения в обязательстве»<sup>21</sup>.

Последняя теория вписывается в еще одну выделяемую здесь концепцию — «теорию толкования» («*construction theory*»)<sup>22</sup>, которая многими специалистами считается сегодня наиболее адекватным отражением сущности фрустрации договора. Возникновение данной концепции связывают с высказыванием лорда Лорберна по делу *FA Tamplin Steamship Co Ltd v Anglo-Mexican Petroleum Products Co Ltd* [1916] 2 AC 397, который предложил в качестве основного теста на фрустрацию вопрос: «Что было истинным смыслом договора? Поскольку стороны не предусмотрели непредвиденное обстоятельство, должен ли суд сказать, что это очевидно, — они бы относились к этому факту как к концу их договора?»

Как видим, в доктрине нет единодушия относительно классификации и значения теоретических концепций анализируемого института, впрочем, по признанию ученых, между этими концепциями мало практического различия<sup>23</sup>. В сравнительно-правовом плане обратим внимание, что российское гражданское законодательство не закрепляет дефиницию понятия *невозможности исполнения обязательства*. Не выработано бесспорного определения данного термина и в отечественной доктрине. Общеизвестным является то, что анализируемая невозможность должна препятствовать исполнению должником обязательства *в натуре, реальному его исполнению*<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Цит. по: Ансон В. Указ. соч. С. 318. На данное определение можно встретить ссылки в других делах, напр.: *Amalgamated Investment and Property Co Ltd v John Walker & Sons Ltd* [1977] 1 WLR 164; *Pioneer Shipping Ltd v BTP Tioxide Ltd (The Nema)* [1981] 3 WLR 292.

<sup>20</sup> *Goode R.M.* Op. cit. P. 142.

<sup>21</sup> Некоторые современные ученые приводят прецедент по делу *Krell v Henry* в качестве примера, правда, примера крайне редкого, применения теории «расстройства цели» (*frustration of the purpose*) договора. См.: *Andrews N.* Arbitration and Contract Law. Common Law Perspectives. Cham, 2016. P. 276; *Stone R., Devenney J., Cunnington R.* Op. cit. P. 921–924.

<sup>22</sup> *Beatson J., Burrows A., Cartwright J.* Op. cit. P. 488; *Stone R., Devenney J., Cunnington R.* Op. cit. P. 484–488; *Treitel G.* Op. cit. P. 923.

<sup>23</sup> *Beatson J., Burrows A., Cartwright J.* Op. cit. P. 484–489; *Stone R., Devenney J., Cunnington R.* Op. cit. P. 482–488; *Treitel G.* Op. cit. P. 920–923.

<sup>24</sup> См., напр.: *Агарков М.М.* Указ. соч. С. 9.

Общие положения о *невозможности исполнения обязательства* содержатся в главе 26 «Прекращение обязательств» Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)<sup>25</sup>. Прежде всего, п. 1 ст. 416 ГК РФ гласит: «Обязательство прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана наступившим после возникновения обязательства обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает». В 2015 г. данный пункт после слов «если она вызвана» был дополнен словами «наступившим после возникновения обязательства»; тем самым было легализовано доктринальное деление невозможности исполнения на *первоначальную* и *последующую*. Причем теперь, если буквально толковать процитированное положение закона, только *последующая* невозможность может считаться у нас невозможностью исполнения обязательства (что роднит нашу *невозможность* с *фрустрацией*).

В 2009 г. в Концепции развития гражданского законодательства России применительно к ст. 416 ГК РФ предусматривалась необходимость «определить понятие обстоятельства, за которое ни одна из сторон не отвечает»<sup>26</sup>. При этом было отмечено, что «к числу таких обстоятельств могут быть отнесены те, которые наступили после возникновения обязательства, в том числе наступившая впоследствии неспособность должника к исполнению». Таким образом, было предложено, во-первых, легализовать деление невозможности исполнения на *первоначальную* и *последующую*<sup>27</sup> и, во-вторых, *определить все-таки сущность такой — последующей — невозможности*. Однако оба сформулированные в Концепции предложения, на наш взгляд, учитывая отсутствие в доктрине единодушия по соответствующим проблемам, представляются на сегодня одинаково необоснованными. Недаром от реализации второго из них законодатель на данном этапе отказался.

При этом основания освобождения от гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательств закреплены в других положениях ГК РФ — в главе 25 «Ответственность за нарушение обязательств». Так, по общему правилу, закрепленному в п. 1 ст. 401 «Основания ответственности за нарушение обязательства» ГК РФ, лицо, не исполнившее обязательство либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность *при наличии вины (умысла или неосторожности)*.

Здесь показательно то, что дискуссионным в отечественной науке является вопрос о правовых последствиях *неслучайной* невозможности исполнения обязательства. Сегодня все больше ученых у нас сходятся во мнении, что и при такой невозможности исполнения обязательство (*регулятивное*) прекращается независимо от воли сторон, но возникает новое — *охранительное* — обязательство, в рамках которого к ответственной за это стороне должны применяться определенные санкции<sup>28</sup>.

При этом не лишен оснований и второй подход: обязательство прекращается в силу невозможности исполнения *полностью* только в случае, если последняя «вызвана об-

<sup>25</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

<sup>26</sup> Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 11. С. 76.

<sup>27</sup> *Витрянский В.В.* Некоторые проблемы реформирования законоположений об обязательствах / Основные проблемы частного права: сборник статей. М., 2010. С. 94.

<sup>28</sup> См.: *Каранетов А.Г.* Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М., 2003. С. 110, 111; *Мухачева Е.С.* Невозможность исполнения обязательства в российском, европейском и единообразном частном праве: автореф. дис. ... к. ю. н. Томск, 2013. С. 15, 16.

стоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает». Если же отвечает — обязательство, прекратившись в соответствующей *регулятивной* своей части, будет продолжать существовать уже как *охранительное* правоотношение. Эту точку зрения у нас можно назвать традиционной; исходя из буквального толкования п. 1 ст. 416 ГК РФ, такого подхода придерживаются и законодатель, и правоприменительная практика<sup>29</sup>.

Между тем первый из указанных двух подходов более предпочтителен, так как правовая конструкция прекращения обязательства невозможностью исполнения рассчитана по ГК РФ на применение *непосредственно* к исполнению обязательства *в натуре*, к *регулятивным* правоотношениям, а к *охранительным* правоотношениям — лишь *опосредованно*, с учетом норм об *основаниях ответственности за нарушение обязательства*.

В связи с этим интересно следующее противоречие, выявленное ранее правоприменительной практикой: должник может быть виноват в возникновении *последующей юридической невозможности* исполнения обязательства; в такой ситуации, с одной стороны, очевидна невозможность исполнения обязательства *в натуре*, с другой, буквальное толкование п. 1 ст. 416 и п. 1 ст. 417 ГК РФ (посвященных непосредственно *юридической невозможности*) не позволяет считать обязательство прекращенным, ведь невозможность его исполнения вызвана обстоятельством, за которое одна из сторон «отвечает». Если попытаться снять это противоречие за счет квалификации *юридической невозможности* в качестве невозможности, за которую должник «отвечать» не может (не он принимает правовые акты, ее вызывающие, а орган публично-правового образования), то должник необоснованно может избежать ответственности перед кредитором.

Вследствие этого в п. 5 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21.12.2005 № 104 была сформулирована следующая правовая позиция (которая, правда, касалась узкого круга соответствующих случаев): «Отзыв у должника лицензии, вызванный неправомерными действиями лицензиата, и неисполнение в связи с этим обязательства не являются основанием прекращения обязательств должника в результате издания акта государственного органа (статья 417 ГК РФ)». Данный подход был поддержан (в более широком плане) доктриной.

Законодатель это принял. В 2015 г. ст. 417 ГК РФ была дополнена следующим положением, составившим п. 2 ее обновленной редакции: «Обязательство не считается прекращенным, если издание акта органа государственной власти или органа местного самоуправления, повлекшее невозможность исполнения обязательства, вызвано неправомерными действиями (бездействием) самого должника».

Однако, повторим, более верным является подход, согласно которому обязательство (регулятивное) прекращается и тогда, когда невозможность его исполнения вызвана обстоятельством, за которое та или иная сторона «отвечает», ведь речь идет только о невозможности исполнить обязательство *в натуре*. Поэтому, на наш взгляд, п. 2 ст. 417 ГК РФ в действующей редакции является избыточным, лишним.

В этом контексте стоит обратить внимание, что анализируемая доктрина *фрустрации* применительно к значению влияния сторон договора на его исполнимость (*self-induced frustration*) была дополнена прецедентом по делу *Shepherd (FC) & Co Ltd v Jerrom* [1986] 3 WLR 801. В сентябре 1979 г. молодой человек заключил четырехлетний *договор*

<sup>29</sup> См.: п. 5 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21.12.2005 № 104 «Обзор практики применения арбитражными судами норм Гражданского кодекса РФ о некоторых основаниях прекращения обязательств» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2006. № 4.

производственного обучения (*contract of apprenticeship*) с работодателем. В июне 1981 г. ученик был осужден за нападение и драку в общественном месте по сговору и приговорен к неопределенному периоду исправительного перевоспитания по борстальской системе. Через 39 недель он был освобожден. Однако в сентябре 1981 г., когда ученик был в Борстале, его работодатель заявил о прекращении их договора производственного обучения вследствие фрустрации. Молодой человек обратился в Суд по трудовым спорам, заявив о незаконном увольнении, и суд согласился с его аргументацией. Однако апелляционный суд встал на сторону работодателя, признав, что борстальское наказание явилось фрустрирующим договор событием.

Следует признать, что, в отличие от появления у нас п. 2 ст. 417 ГК РФ в действующей редакции, указанный прецедент — это действительно прогресс в развитии соответствующей доктрины, поскольку фрустрация представляет собой основание прекращения договора, по общему правилу, *в целом* и соответственно освобождения сторон от ответственности за его неисполнение.

Далее стоит отметить, что судебная доктрина с большим трудом признает возможность фрустрации *договоров аренды*, о чем свидетельствуют дела *National Carriers Ltd v Panalpina (Northern) Ltd* [1981] 2 WLR 45 и *Pioneer Shipping Ltd v BTP Tioxide Ltd*. Последнее дело также интересно тем, что в результате его рассмотрения появился прецедент признания *забастовки* способной привести к тцетности договора.

В свою очередь, дело *National Carriers Ltd v Panalpina (Northern) Ltd* является типичным примером стремления английских судов сохранять стабильность договорных отношений. В 1977 г. апеллянт арендовал у ответчика по апелляции на 10 лет товарный склад. В 1979 г. местная власть вследствие опасности, исходившей от наклонившегося напротив здания, закрыла единственную улицу, дающую доступ к складу. Разрешение сносить аварийное здание было дано в 1980 г., и по плану улица должна была открыться в 1981 г. Однако с закрытием улицы апеллянт остановил уплату ренты, а арендодатель потребовал погасить задолженность по договору. Палата лордов отказала в признании договора аренды фрустрированным.

Эта обескураживающая история, как не без иронии пишет современный исследователь Д. Томас<sup>30</sup>, вспоминая прецеденты по делам *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council* и *National Carriers Ltd v Panalpina (Northern) Ltd*, не помешала попытке воскресить доктрину фрустрации девелоперами в деле *Gold Group Properties Ltd v BDW Trading Ltd* [2010] BLR 235. BDW Trading Ltd (застройщик) решил построить большое количество домов и квартир по заключенному с собственником земельного участка *девелоперскому соглашению (development agreement)*, в котором вознаграждение BDW определяется по формуле, основанной на достигнутых ценах продаж. Однако в то время, когда строительные работы должны были начаться, весной 2008 г. уже было ощутимо влияние мирового экономического кризиса. К маю 2008 г. продажи строителей снизились на одну треть по сравнению с предыдущим годом. Прогнозы показали, что девелоперы будут не в состоянии достигнуть даже минимальных отпускных цен, предусмотренных договорной формулой. BDW заявило о фрустрации договора. Однако собственник не согласился с застройщиком. Спор был передан на рассмотрение в суд, который не установил фрустрации девелоперского соглашения. Такое решение было принято со ссылкой на *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council* и с учетом вывода судьи, что стороны предвидели возможность падения рынка недвижимости.

<sup>30</sup> Thomas D. Frustration and force majeure: a hard line in English law // *Construction Law International*. 2011. Issue 2. P. 22.

Причем *девелоперским соглашением* даже предусматривалась возможность пересмотра или, если это невозможно, экспертного определения минимальных цен в соответствующей формуле.

Стоит заметить, что и российские суды крайне редко и осторожно применяют нормы о *невозможности исполнения обязательств* и о *существенном изменении обстоятельств*. Так, совсем недавно Верховный Суд России сформулировал правовую позицию, что само по себе «изменение курса иностранной валюты по отношению к рублю нельзя расценивать как существенное изменение обстоятельств, являющееся основанием для изменения договора» в соответствии со ст. 451 ГК РФ<sup>31</sup>.

Сегодня вопрос о невозможности исполнения обязательств особенно актуален для нас в контексте введения разного рода международных экономических санкций. Если соглашение сторон, попадающее в сферу действия таких санкции, или его исполнение будет нарушать статутное право Великобритании либо противоречить английской «публичной политике», возможно в английском правосудии признание *фрустрации* этого договора вследствие *последующей незаконности*<sup>32</sup>. Правда, английские суды до сих пор крайне редко и осторожно применяли доктрину *фрустрации договора* в делах, связанных с экономическими санкциями<sup>33</sup>.

На текущем этапе развития доктрины *фрустрации договора* британские ученые<sup>34</sup> и практика<sup>35</sup> особо выделяют прецедент по делу *Edwinton Commercial Corporation v Tsaviris Russ (Worldwide Salvage & Towage) Ltd (the Sea Angel)* [2007] 2 Lloyd's Rep 517, которым, с одной стороны, был подтвержден отказ от таких слишком абстрактных критериев как *цель* или *основа* договора в пользу анализа *изменений в обязательстве* (*Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council*), а, с другой, провозглашена необходимость «мультифакторного подхода» (*«multi-factorial approach»*) для квалификации тщетности соглашения.

В указанном деле лорд-судья Рикс определил ряд факторов, которые необходимо учитывать при таком подходе. Прежде всего это условия самого договора, его матрица или контекст, знания, ожидания, предположения и размышления сторон, в частности, относительно определенного риска на момент заключения договора, во всяком случае настолько, насколько они могут быть приписаны сторонам взаимно и объективно. Кроме того, это характер *последующего события* (делающего исполнение договора невозможным или затруднительным) и разумные и объективно обоснованные расчеты сторон в отношении возможностей будущего исполнения в новых обстоятельствах. При этом к числу наиболее важных факторов, которые должен иметь в виду суд, относится то, что целью доктрины *фрустрации договора* является *справедливость*.

Следует отметить, что английская юридическая доктрина *фрустрации договора* во многом отлична от цивилистической концепции *форс-мажора* (*force majeure*)<sup>36</sup>. Прежде

<sup>31</sup> См.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 13.09.2016 № 18-КГ16-102; п. 8 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2017), утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.02.2017 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>32</sup> Alexander K. Economic Sanctions: Law and Public Policy. Basingstoke, 2009. P. 194.

<sup>33</sup> См.: *Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust Co* [1989] 1 QB 728; *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd* [2010] EWHC 2661 (Comm); *Melli Bank PLC v. Holbud Ltd* [2013] EWHC [1506] (Comm).

<sup>34</sup> См.: *Andrews N.* Op. cit. P. 273–275; *Beatson J., Burrows A., Cartwright J.* Op. cit. P. 488, 489.

<sup>35</sup> См.: *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd; Melli Bank PLC v. Holbud Ltd*.

<sup>36</sup> См. подробнее: *McKendrick E.* et al. Op. cit. P. 334–353.

всего *фрустрация прекращает* договор. В противоположность этому *force majeure* — доктрина, согласно которой соответствующее препятствие освобождает сторону от *ответственности* за неисполнения определенного обязательства. Хотя форс-мажор может быть использован стороной, нарушившей свое обязательство, и для того, чтобы попытаться прекратить или изменить договорные права и обязанности сторон.

Таким образом, если договор не признан фрустрированным, не возникает обязанности сторон пересматривать его условия (если между ними нет соглашения об ином), да и суд не вправе в такой ситуации расторгнуть (или изменить) договор на основании *затруднения* его исполнения (*hardship*). По поводу последнего стоит добавить, что противоположные правила на случай *существенного изменения обстоятельств* закреплены в главе 29 «Изменение и расторжение договора» ГК РФ (ст. 450–453). Как известно, в цивилистической традиции нормы о существенном изменении обстоятельств (как в ст. 450–453 ГК РФ) и о форс-мажоре (*непреодолимой силе* по ГК РФ — это, прежде всего, п. 3 ст. 401) являются относительно самостоятельными правовыми институтами.

Итак, раз основополагающим положением в английском праве является императив о необходимости выполнения договорных обязательств, даже если это может показаться необоснованным или несправедливым в определенных обстоятельствах, то считается, что стороны сами должны заботиться о своих интересах и включать соответствующие адаптационные положения в соглашения. По этой причине большое количество коммерческих контрактов содержит положения о *форс-мажорных обстоятельствах*, и именно в контексте толкования этих положений в английском праве можно обнаружить несколько прецедентов<sup>37</sup>.

## Заключение

Являясь своеобразным правовым институтом, *фрустрация договора* близка по своей природе к такой применяемой еще со времен Древнего Рима в странах европейской континентальной правовой семьи гражданско-правовой конструкции, как *невозможность исполнения обязательства*. Частным случаем обстоятельств, приводящих к невозможности исполнения, является *непреодолимая сила* или *форс-мажор* (*vis major, casus maior*), да и *простой случай* (*casus, casus minor*) может вызвать такую невозможность. Поэтому фрустрация как юридическая конструкция в определенном смысле близка и к *случаю*, как *простому*, так и *квалифицированному*. В конце концов все эти правовые понятия обозначают обстоятельства, способные избавить должника от ответственности за нарушение обязательства. Недаром английские суды признают и применяют форс-мажорные оговорки в договорах.

С другой стороны, правовой институт *фрустрации договора* не совпадает полностью с содержательной стороны с конструкцией *невозможности исполнения*. Фрустрация не ограничивается классической — «абсолютной» — невозможностью в качестве основания своего возникновения. В этом смысле фрустрация отчасти корреспондирует цивилистической *крайней затруднительности исполнения обязательств*.

При этом в российском праве мы не найдем общепризнанного определения понятий *невозможности* и *крайней затруднительности (экономической невозможности)* исполнения обязательства, и существует реальная проблема разграничения этих явлений на

<sup>37</sup> McKendrick E. et al. Op. cit. P. 333, 334. См. также: Andrews N. Op. cit. P. 169, 249; Thomas D. Op. cit. P. 22.

практике. На этом фоне доктрина фрустрации договора, которая с цивилистических позиций может показаться эклектичной и несколько аморфной, на самом деле представляет собой опыт комплексного подхода к юридической оценке внешних, приводящих по отношению к сторонам договора обстоятельств, препятствующих исполнению последнего или существенно это исполнение затрудняющих.

Стоит добавить, *фрустрация* не приостанавливает исполнение, а *прекращает* договор, причем, по общему правилу, весь договор. Особенностью данного правового института также является и то, что он не предполагает *изменения* договора. Это само по себе свидетельствует, во-первых, об экстраординарности анализируемого механизма (и оснований его применения), а, во-вторых, о высокой ценности в английском праве свободы воли и договора. В свете этого логично, что установить факт фрустрации и признать договор прекращенным может только суд (третейский суд).

Изложенное выше свидетельствует о необходимости изучения в нашем правоведении *фрустрации договора* не только в академических целях, но и для обеспечения работы отечественных юристов в сфере применения английского договорного права и доктринального влияния последнего, а также, возможно, для совершенствования соответствующих российских правовых норм и практики их применения.



## Библиография

Акчурина М.А., Молфа М. Азиатские арбитражные центры: вызов традиционным арбитражным институтам? // Закон. 2015. № 10. С. 71–87.

Ансон В. Договорное право / пер. с англ. М.: Юридическая литература, 1984. 464 с.

Витрянский В.В. Некоторые проблемы реформирования законоположений об обязательствах / Основные проблемы частного права: сборник статей. М.: Статут, 2010. С. 72–95.

Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право: учебник. 4-е изд. М.: Юрайт, 2013. 959 с.

Карапетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М.: Статут, 2003. 190 с.

Мухачева Е.С. Невозможность исполнения обязательства в российском, европейском и единомобразном частном праве: Автореф. дис. ... к.ю.н. Томск, 2013. 23 с.

Савельев А.И. Односторонние экономические санкции США: взгляд со стороны американского и российского права // Закон. 2015. № 5. С. 108–131.

Alexander K. Economic Sanctions: Law and Public Policy. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009. 359 p.

Andrews N. Arbitration and Contract Law. Common Law Perspectives. Cham: Springer, 2016. 342 p.

Beatson J., Burrows A., Cartwright J. Anson's Law of Contract. 29th ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. 848 p.

Goode R. M. Commercial Law. 2nd ed. London: Penguin, 1995. 1264 p.

McKendrick E. et al. Force Majeure and Frustration of Contract. 2nd ed. London: Lloyd's of London Press, 1995. 404 p.

Stone R., Devenney J., Cunnington R. Text, Cases and Materials on Contract Law. 2nd ed. London and New York: Routledge, 2011. 731 p.

Thomas D. Frustration and Force Majeure: a Hard Line in English Law // Construction Law International. 2011. Volume 6. Issue 2. P. 21–23.

Treitel G.H. The Law of Contract. 11th ed. London: Sweet and Maxwell, 2003. 117 p.

## The Doctrine of Frustration in English Contract Law



**Andrey A. Chukreyev**

Associate Professor, Department of Labor Law and Business, Institute of State and Law, Tyumen State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 6 Volodarskogo Str., Tyumen 625003, Russian Federation. E-mail: aachukreyev@mail.ru



### Abstract

Mankind has faced in the past and will inevitably face in the future with the powerful forces of natural and man-made, which are often dramatic and lasting impact on the society, economy, commercial and other contracts. Frustration — one of the original institutions of English law, which allows the court to release the parties from further performance of the contract upon the occurrence of certain circumstances, when the performance becomes impossible or extremely economically unprofitable. The emergence of this institution in the second half of the 19th century preceded by a long period during which legal practice consistently followed the principle of *pacta sunt servanda*. The article considers the basic judicial precedents illustrating the development of the doctrine of contract frustration in English law, sets out the views of English jurists in this field, an comparative analysis of this doctrine and relevant norms of Russian law was attempted. The methodological framework of this research based on a set of methods of research cognition, among which the main ones are historical and comparative law methods. For a century and a half of its development the English law doctrine of frustration of contract has evolved significantly. During this period understanding of the nature and types of circumstances that can cause frustration of the contract, of the essence of the frustration, of the necessary restrictions on the use of this doctrine, as well as the legal consequences of frustration, has been improved. The author comes to a conclusion about the need to study the doctrine of frustration of contract not only in academic purposes, but also for the improvement of the relevant Russian legal norms, their application, as well as to ensure the operation of national lawyers in the sphere of application of the English law and law of countries that have experienced the impact of this doctrine.



### Keywords

contract; frustration of contract; performance of contract; impossibility of performance; force majeure; fault; precedent.

Citation: Chukreyev A.A. (2017) The Doctrine of Frustration in English Contract Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 188–201 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.188.201



### References

Akchurina M.A., Molfa M. (2015) Aziatskie arbitrazhnye tsentry: vyzov traditsionnym arbitrazhnym institutam? [Asian Arbitration Centers: Challenge to Traditional Arbitration Institutions?]. *Zakon*, no. 10, pp. 71–87 (in Russian)

Alexander K. (2009) *Economic Sanctions: Law and Public Policy*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 359 p.

Andrews N. (2016) *Arbitration and Contract Law. Common Law Perspectives*. Cham: Springer, 342 p.

Anson W. (1984) *Dogovornoe pravo* [Law of Contract]. Moscow: Juridicheskaya literatura, 464 p. (in Russian)

Beatson J., Burrows A., Cartwright J. (2010) *Anson's Law of Contract*. 29th ed. Oxford: Oxford University Press, 848 p.

Getman-Pavlova I.V. (2013) *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: uchebnik* [International Private Law: Textbook]. 4th ed. Moscow: Yurayt, 959 p. (in Russian)

Goode R. (1995) *Commercial Law*. 2nd ed. London: Penguin Group, 1264 p.

Karapetov A.G. (2003) *Isk o priszuzhdenii k ispolneniyu obyazatel'stva v nature* [Suit for Performance of an Obligation in Kind]. Moscow: Statut, 190 p. (in Russian)

McKendrick E. et al. (1995) *Force Majeure and Frustration of Contract*. 2nd ed. London: Lloyd's of London Press, 404 p.

Mukhacheva E.S. (2013) *Nevozmozhnost' ispolneniya obyazatel'stva v rossiyskom, evropeyskom i edinobraznom chastnom prave: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk* [The Impossibility of Performance of Obligation in Russian, European and Uniform Private Law (Candidate of Juridical Sciences Thesis)]. Tomsk, 23 p. (in Russian)

Savel'yev A.I. (2015) Odnostoronnie ekonomicheskie sanktsii SShA: vzglyad so storony amerikanskogo i rossiyskogo prava [US Unilateral Economic Sanctions: A View from American and Russian Law]. *Zakon*, no. 5, pp. 108–131 (in Russian)

Stone R., Devenney J., Cunnington R. (2011) *Text, Cases and Materials on Contract Law*. 2nd ed. London and New York: Routledge, 731 p.

Thomas D. (2011) Frustration and Force Majeure: a Hard Line in English Law. *Construction Law International*, issue 2, pp. 21–23.

Treitel G. (2003) *The Law of Contract*. 11th ed. London: Sweet and Maxwell, 117 p.

Vitryanskiy V.V. (2010) Nekotorye problemy reformirovaniya zakonopolozheniy ob obyazatel'stvakh [Issues of Reforming Legal Provisions on Obligations]. *Osnovnye problemy chastnogo prava: sbornik statey*. Moscow: Statut, pp. 72–95 (in Russian)

# Перспективы развития законодательства о защите прав потребителей в торговом обслуживании в России и Китае

---



**И.В. Михеева**

профессор кафедры конституционного и административного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Нижний Новгород), доктор юридических наук. Адрес: 603000, Российская Федерация, Нижний Новгород, ул. Большая Печерская, 25/12. E-mail: imikheeva@hse.ru



**А.С. Логинова**

доцент кафедры конституционного и административного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Нижний Новгород), магистр экономики, кандидат юридических наук. Адрес: 603000, Российская Федерация, Нижний Новгород, ул. Большая Печерская, 25/12. E-mail: aloginova@hse.ru

---



## **Аннотация**

Статья посвящена изучению законодательства в сфере защиты прав потребителей в России и Китае. Авторами выделены проблемы в сфере защиты прав потребителей в торговом обслуживании Российской Федерации и Китайской Народной Республики. В статье проводится сравнительный анализ законодательства двух стран, выявляются перспективы и тенденции развития законодательства России и КНР в сфере защиты прав потребителей. Актуально в том числе сравнение положений законодательства России и Китая в сфере защиты прав потребителей в торговом обслуживании с целью устранения пробелов в национальном законодательстве, совершенствования его отдельных положений на основе положительной практики применения различных правовых норм КНР. Авторы делают выводы, что в законах Российской Федерации и КНР область действия законодательства о правах потребителей, несмотря на некоторые различия в формулировках, практически однородны. Изучение норм китайского права позволяет сделать вывод, что в сфере правового регулирования китайского законодательства могут быть дополнительно включены отношения, которые связаны с приобретением и использованием товаров, выполнением работ либо оказанием услуг. Законодательство Российской Федерации и Китайской Народной Республики в сфере защиты прав потребителей периодически меняется. В настоящее время происходит его очередная модернизация. Авторы предлагают в целях совершенствования механизма защиты прав российских потребителей на законодательном уровне закрепить применение процедуры медиации по примеру КНР. Внесение дополнений в базовый Закон «О защите прав потребителей» для регламентации использования процедуры медиации в рамках защиты прав потребителей будет иметь позитивные последствия для развития гражданского общества и продвижения гражданских инициатив. Такие законодательные новации могут стать импульсом развития широкого общественного движения в защиту прав потребителей, способствовать росту роли общественных организаций, которые смогут в соответствии с законодательством легитимно заменять медиацию как один из механизмов защиты прав потребителей.

---



## **Ключевые слова**

права потребителей, потребительский рынок, торговое обслуживание, защита прав потребителей, медиация, Россия, Китай, законодательство, юридическая ответственность.

---

Библиографическое описание: Михеева И.В., Логинова А.С. Перспективы развития законодательства о защите прав потребителей в торговом обслуживании в России и Китае // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 202–215.

JEL: К 29; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.202.215

Защита прав потребителей является одной из важнейших сфер взаимодействия публичной власти и народа. В настоящее время оптимизация социально-экономического сотрудничества между Россией и Китаем находится в ряду приоритетных направлений политики государств<sup>1</sup>. Особое внимание при этом следует уделить совершенствованию механизма правового регулирования законодательства о защите прав потребителей в сфере торгового обслуживания, которая является одной из ключевых отраслей экономики<sup>2</sup>.

На фоне интеграции России в мировое сообщество, глобализации и политических событий, происходящих в стране в целом, особую актуальность имеет сравнение положений законодательства разных стран с целью устранения пробелов в национальном законодательстве, совершенствование его отдельных положений на основе имеющейся положительной практики применения различных правовых норм за рубежом<sup>3</sup>.

В Российской Федерации отношения в сфере защиты прав потребителей регулируются Гражданским кодексом (далее — ГК)<sup>4</sup>, Законом «О защите прав потребителей» (далее — Закон № 2300–1; Закон) и другими принимаемыми в соответствии с ними правовыми актами. Среди федеральных законов, регламентирующих отношения с участием потребителей, важными являются федеральные законы «О техническом регулировании», «О качестве и безопасности пищевых продуктов», «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения», «О рекламе», «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» и многие другие. В свою очередь, актами Правительства Российской Федерации утверждаются правила продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг, безопасности и качества товаров (работ, услуг).

Действующий в Российской Федерации «О защите прав потребителей», принятый в 1992 г., является ключевым в данной области<sup>5</sup>. Он состоит из 46 статей, преамбулы и четырех разделов. В преамбуле даны определения используемых в законе понятий. В первой главе определена структура законодательства о защите прав потребителей и закреплены права потребителя. Данным Законом впервые в нашей стране были закреплены права потребителей и гарантии их реализации, признанные международным

<sup>1</sup> Авторы выражают благодарность магистру 2-го курса А.В. Дубровской, принимавшей участие в подготовке статьи. Берзинь О.А., Рябинина Е.Н. Правовые формы ведения бизнеса российскими предпринимателями в Китае // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 200–211.

<sup>2</sup> Бажанов П.В. Ведение бизнеса в Китае: правовые аспекты. Выпуск 1: Обзор правовой среды. М., 2015. 212 с.

<sup>3</sup> Богдан В.В. Гражданско-правовые способы защиты прав потребителей в сфере торговли и услуг // Юрист. 2003. №. 7. С. 11–14.

<sup>4</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 20.02.1996 № 14-ФЗ (ред. от 03.07.2016) // СЗ РФ. № 32. Ст. 3301.

<sup>5</sup> Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» (ред. от 03.07.2016) // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

сообществом<sup>6</sup>. Эти установленные Законом гарантии защиты прав потребителей запрещено сужать. Более того, уполномочивая Правительство России на издание правил, обязательных при заключении и исполнении публичных договоров, ст.1 Закона в то же время запрещает ему поручать федеральным органам исполнительной власти принимать акты, содержащие нормы о защите прав потребителей<sup>7</sup>.

Законом определено понятие «потребитель». Под ним понимается гражданин, который приобретает или намеревается приобрести товары (работы, услуги) для личных нужд. Юридические лица выведены из сферы действия Закона, тем самым законодатель отметил необходимость повышенных гарантий защиты потребителя-непрофессионала.

Указанным Законом определены повышенные гарантии защиты при причинении вреда жизни, здоровью либо имуществу граждан, установлен срок ответственности изготовителя за выпущенную продукцию, равный 10 годам. Причем ответственность установлена как перед потребителем, так и перед другими лицами вне зависимости от договорных отношений между ними. Указание на подсудность по выбору истца по делам о нарушении законодательства в сфере защиты прав потребителей и освобождение потребителей от уплаты государственной пошлины при предъявлении исков являются важнейшей гарантией реализации прав потребителей на защиту в торговом обслуживании. Наделяя государственные органы правом пресечения нарушений законодательства в сфере защиты прав граждан-потребителей в торговом обслуживании и наложения штрафа на нарушителей, Закон № 2300–1 помимо индивидуальной защиты прав потребителя оставляет возможность их коллективной защиты. Новеллой является возможность предъявления исков в интересах неопределенного круга потребителей. Однако ввиду несовершенства законодательных формулировок такая форма защиты интересов потребителей в торговом обслуживании до сих пор не получила распространения.

Анализ китайского законодательства о защите прав потребителей в торговом обслуживании позволяет условно разделить это законодательство на три блока<sup>8</sup>. Первый блок актов представлен основами гражданского законодательства КНР, законами и положениями, разрабатываемыми ведомствами в рамках гражданско-правового регулирования. ГК Китая все еще находится в стадии разработки. В 2015 г. опубликован проект первой его части. Окончательный вариант планируется подготовить к 2020 г. Предполагается, что в общую часть ГК КНР войдут основы гражданского законодательства; физические лица; юридические лица; объекты гражданских прав; сделки; представительство; срок давности; реализация и защита гражданских прав), раздел о договорах, деликтах, брачно-семейных отношениях и наследовании, международном частном праве. В настоящее время общие нормы гражданского права содержатся в Общих положениях гражданского права КНР (1986)<sup>9</sup>.

В сфере гражданского законодательства КНР действует также ряд законов и подзаконных актов. Как и в России, принят закон «О рекламе», где предпринята попытка упорядочить деятельность в сфере рекламы для «содействия ... защите законных прав

<sup>6</sup> Салыгин Е.Н. Правовая система как объект социолого-правового анализа // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 57–69.

<sup>7</sup> Ст. 1 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» (ред. от 03.07.2016) // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

<sup>8</sup> Cheng H. Cheap Capitalism A Sociological Study of Food Crime in China // British Journal of Criminology. 2012. Vol. 52. № 2. P. 254–273.

<sup>9</sup> Закон КНР от 12.04.1986 «Общие положения гражданского права КНР». [Электронный ресурс]: // URL: [http://pavel.bazhanov.pro/translations/chinacivillaw/china\\_civil\\_code/](http://pavel.bazhanov.pro/translations/chinacivillaw/china_civil_code/) (дата обращения: 12.02.2017)

и интересов потребителей...»<sup>10</sup>. Для «обеспечения качества товаров и услуг со стороны производителей и предпринимателей, защиты репутации товарных знаков для обеспечения законных прав и интересов потребителей, производителей и предпринимателей» принят Закон КНР «О товарных знаках»<sup>11</sup>. Некоторые нормы этого Закона уточнены в подзаконных актах: в Положениях «О применении Закона КНР о товарных знаках»<sup>12</sup> и «О признании и защите общеизвестных товарных знаков». Последнее опубликовано 3 июля 2014 г. и содержит нормы о признании товарных знаков общеизвестными и о защите прав на общеизвестные товарные знаки, в том числе на знаки обслуживания, коллективные знаки, сертификационные знаки<sup>13</sup>.

Ко второму блоку нормативных актов относят специальное законодательство. Прежде всего, как и в России, это Закон «О защите прав и интересов потребителей», принятый Постоянным комитетом Всекитайского собрания народных представителей 31.10.1993<sup>14</sup>. Он закрепил основные принципы и систему государственной защиты законных интересов прав и интересов потребителей, обязательства предпринимателей, юридическую ответственность участников правоотношений, порядок разрешения споров. В 2013 г. в данный Закон внесен ряд существенных изменений, вступившие в силу 15.03.2014. Они коснулись охраны персональных данных потребителей, электронной коммерции, ответственности участников предпринимательской деятельности за реализацию некачественных товаров, гражданской ответственности перед потребителями и сумм административной ответственности<sup>15</sup>.

Закон «О защите прав и интересов потребителей» содержит восемь глав, включающих 55 статей, в нем отсутствует преамбула, не раскрываются основные понятия. Первая глава состоит из общих положений, в которых отражена концепция государственного регулирования данной области общественных отношений. В том числе речь идет о том, что государство выступает гарантом соблюдения прав и интересов граждан-потребителей в сфере торгового обслуживания. Согласно ст. 5 Закона КНР «О защите прав и интересов потребителей» государство принимает меры, гарантирующие действенность прав потребителя, поощряет и поддерживает инициативу организаций и отдельных граждан по контролю за соблюдением прав и интересов потребителей.

<sup>10</sup> Закон КНР от 27.10.1994 «О рекламе» [Электронный ресурс]: // URL: [http://chinalawinfo.ru/economic\\_law/law\\_advertisement](http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_advertisement) (дата обращения: 12.02.2017)

<sup>11</sup> Закон КНР от 23.08.1982 «О товарных знаках» (с изм. от 30.08.2013). [Электронный ресурс]: // URL: [http://pavel.bazhanov.pro/translations/chinacivillaw/china\\_trademark\\_law/](http://pavel.bazhanov.pro/translations/chinacivillaw/china_trademark_law/) (дата обращения: 12.02.2017)

<sup>12</sup> Положение «О применении Закона КНР о товарных знаках» (Постановление Государственного совета КНР № 651) принято в соответствии с Законом КНР «О товарных знаках» и уточняет некоторые его положения. Последние изменения в нормативно-правовой акт приняты 29.04. 2014 и вступили в силу с 1.05. 2014 [Электронный ресурс]: // URL:[http://pavel.bazhanov.pro/translations/chinacivillaw/trademark\\_law\\_implementation\\_statute/](http://pavel.bazhanov.pro/translations/chinacivillaw/trademark_law_implementation_statute/)(дата обращения: 12.02.2017)

<sup>13</sup> Положение «О признании и защите общеизвестных товарных знаков» (Приказ Главного государственного управления торгово-промышленной администрации КНР № 66). [Электронный ресурс]: // URL: [http://pavel.bazhanov.pro/translations/chinacivillaw/well-known\\_trademarks/](http://pavel.bazhanov.pro/translations/chinacivillaw/well-known_trademarks/)(дата обращения: 12.02.2017)

<sup>14</sup> Law of the People's Republic of China on the Protection of Consumer Rights and Interests. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn174en.pdf> (дата обращения: 20.06.2016)

<sup>15</sup> Указ Председателя КНР № 7: Решение Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей «О внесении изменений в Закон КНР о защите прав потребителей»: принято 25.10.2013 на 5-м заседании Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей 12-го созыва, опубликовано и применяется с 15.03.2014 [Электронный ресурс]: // URL: [http://pavel.bazhanov.pro/translations/chinacivillaw/china\\_consumer\\_rights\\_protection\\_law/](http://pavel.bazhanov.pro/translations/chinacivillaw/china_consumer_rights_protection_law/) (дата обращения: 12.02.2017)

Третий блок законодательства, регулирующего область защиты прав потребителей в Китае, представлен правовыми актами, принимаемыми на уровне провинций, автономных районов, муниципалитетов и городов центрального подчинения<sup>16</sup>. Заметим, что в России в соответствии со п. 10 ч. 1 ст. 14 Федерального закона от 6.10.2003 №131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в РФ» (изм. от 28.12. 2016), к вопросам местного значения относится, в частности, создание условий для обеспечения жителей поселения, муниципального района, городского округа услугами связи, общественного питания, торговли и бытового обслуживания. Муниципальные органы России в отличие от КНР не наделены нормотворческими полномочиями в исследуемой нами сфере. Между тем, не являясь органами государственной власти, они обладают собственными полномочиями по защите прав потребителей на территории соответствующего муниципального образования (района, города, поселка, села и т.п.), которые реализуются через специально созданные административные структуры. Например, в городском округе Дзержинск Нижегородской области создано Управление развития предпринимательства, потребительского рынка и защиты прав потребителей при Администрации города. Функционируют отделы по защите прав потребителей при администрациях районов Нижнего Новгорода и т.д. То же можно наблюдать и в других регионах. Положения об этих органах полностью соответствуют российскому закону «О защите прав потребителей».

Заметим, что законодательство о защите прав потребителей, как в России, так и в КНР включает нормы различных отраслей права. Тем не менее основу регулирования в сфере потребления составляют гражданские правоотношения. В России, как и в Китае, отношения в области защиты прав граждан-потребителей регламентированы большим количеством нормативных актов. В России к основным нормативным актам относят в первую очередь Гражданский кодекс, в соответствии со ст. 3 которого нормы, которые содержатся в других законах, должны соответствовать ГК. Тем не менее необходимо отметить, что ГК предусматривает возможность принятия специальных законов и основанных на них иных правовых актов.

По отношению к ГК Закон «О защите прав потребителей» является специальным законом, конкретизирующим и восполняющим некоторые положения ГК. Этот Закон регламентирует отношения по договору розничной купли-продажи в числе прочих отношений, которые не урегулированы ГК. Законом «О защите прав потребителей» предусмотрено установление иных правил по сравнению с правилами, содержащимися в ГК, когда ГК и другими федеральными законами это разрешено. Например, п. 2 ст. 13 Закона «О защите прав потребителей» закреплено положение о возмещении убытков в полной сумме сверх неустойки (пени), которая установлена законом или договором.

Для России и Китая всегда традиционным было торговое сотрудничество, включающее приграничные отношения<sup>17</sup>. В начале 1990-х годов ввиду благоприятной экономической обстановки на границе России и Китая были созданы пункты пропуска российских и китайских граждан в целях купли и продажи товаров для повседневных нужд. С 1993 г. КНР является вторым торговым партнером России, а Россия для КНР — седьмым. С того времени китайские товары заполнили основное количество мест на прилавках, потеснив российских производителей<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Троицкий П.В. Влияние традиции на право современного Китая // Журнал российского права. 2014. № 8. С. 94–106.

<sup>17</sup> McCulloch T., McNeill F. Consumer Society, Commodification and Offender Management // Criminology and Criminal Justice. 2007. Vol. 7. № 3. P. 223–242.

<sup>18</sup> Берзинь О.А., Рябинина Е.Н. Указ. соч. С. 211.

В настоящее время КНР занимает прочные позиции мирового лидера по производству и главного торгового партнера России. Для согласования норм потребительского права был заключен ряд двусторонних договоров, например, «Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о сотрудничестве в области борьбы с недобросовестной конкуренцией и антимонопольной политики» от 25.04.1996<sup>19</sup>. В соответствии с Соглашением, учитывая заинтересованность сторон в проведении антимонопольной политики, стороны обязаны содействовать в передаче друг другу нормативных актов, которые затрагивают данную сферу рассматриваемых правоотношений. Более того, стороны обязаны передавать друг другу информационные материалы для борьбы с недобросовестной конкуренцией, нормативные акты и информационные материалы, посвященные защите прав граждан–потребителей в торговом обслуживании.

Законом России «О защите прав потребителей» и Законом КНР «О защите прав и интересов потребителей» предусмотрена необходимость государственного контроля и надзора за соблюдением законов и других нормативных правовых актов, регламентирующих отношения в сфере защиты прав граждан–потребителей в торговом обслуживании. К сожалению, правоприменительная практика показывает отсутствие единой комплексной системы норм контроля и надзора. Масштабы и эффективность государственного контроля и надзора не соответствуют масштабам нарушений прав граждан–потребителей. Государство, сокращая надзорное присутствие в рыночных отношениях, не обеспечивает должного исполнения судебных решений в пользу потребителей, минимизируя тем самым уровень ответственности за нарушения прав потребителей. Если в КНР установлена уголовная ответственность за изготовление, сбыт поддельных и некачественных товаров, то в России уголовная ответственность за обман потребителя декриминализована. Выгода же, получаемая продавцами, изготовителями от нарушающих права потребителей действий, не соответствует предусмотренной за это административной ответственности.

На сегодня Кодекс об административных правонарушениях (КоАП РФ) содержит нормы, предполагающие административную ответственность за обман потребителей (ст. 14.7) в виде административного штрафа на граждан в размере от 3 000 до 5 000 руб.; на должностных лиц — от 12 000 до 20 000 руб.; на юридических лиц — от 100 000 до 150 000 руб. Кроме того административная ответственность предусмотрена за ненадлежащую информацию (ст. 14.5, 14.8), нарушение правил организации деятельности по продаже товаров (выполнению работ, оказанию услуг) на розничных рынках (ст. 14.34) и др.<sup>20</sup> Неадекватные санкции провоцируют совершение новых, более серьезных правонарушений. В связи с этим полагаем, что государству необходимо усилить публично-правовой аспект защиты прав и законных интересов российских и китайских граждан–потребителей, ужесточив административную ответственность за нарушение прав граждан–потребителей в торговом обслуживании.

Стоит сказать, что китайское законодательство включает и больше составов административных правонарушений, связанных с защитой прав потребителей. Так, 15.03.2015 в Китае вступили в силу новые правила применения административных наказаний за

<sup>19</sup> Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством КНР о сотрудничестве в области борьбы с недобросовестной конкуренцией и антимонопольной политики от 25.04.96 // Бюллетень международных договоров. 1997. № 1.

<sup>20</sup> Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // СЗ РФ. № 1 (часть I). Ст. 1.

нарушения прав потребителей, принятые Главным государственным управлением торгового-промышленной администрации КНР (ГГУТПА). Эти Правила расширили перечень правонарушений и конкретизировали правила привлечения предпринимателей к административной ответственности<sup>21</sup>.

Рассматривая проблемы защиты прав потребителей в торговом обслуживании, которые зачастую встречаются в юридической практике, отметим, что и России, и Китаю свойственна судебная волокита. Большое количество дел рассматривается с нарушением процессуальных сроков, отведенных законодательством на их рассмотрение. Дела о защите прав потребителей иногда рассматриваются годами. В условиях такого «судо-производства» и российские, и китайские граждане-потребители теряют веру в правосудие. Возможность откладывания рассмотрения дела, предусмотренная гражданским процессуальным законодательством России и Китая, нередко приводит к невозможности реализации права граждан на судебную защиту.

Основными причинами нарушения процессуальных сроков в делах о защите прав потребителей являются недостатки и упущения в деятельности судов, которые прежде всего связаны с низким уровнем организации судебного процесса, исполнительской дисциплины, а также незначительным контролем со стороны председателей соответствующих судов. Подобного рода организация судебного процесса и безответственное отношение части судей и сотрудников аппарата к исполнению должностных обязанностей часто становятся причинами судебной волокиты<sup>22</sup>. Поверхностное рассмотрение дел о защите прав потребителей в торговом обслуживании по первой инстанции часто приводит к значительному увеличению сроков принятия окончательного решения по делу, а не только к отмене решений в апелляционном, кассационном и надзорном порядке.

Кроме загруженности судов, у потребителей, обратившихся в суд, недостаточно информации о контрагентах на фоне необходимости сбора новых доказательств по делу и выяснения дополнительных обстоятельств. В то же время судебная арбитражная практика позволяет убедиться в том, что эти проблемы можно решать, поскольку большинство дел в арбитражных судах Китая и России завершаются принятием окончательного судебного акта в установленный срок<sup>23</sup>.

Все же в целях устранения судебной волокиты по рассмотрению дел в области защиты прав потребителей в торговом обслуживании предлагаем упростить процедуру гражданского судопроизводства в случаях, когда нет спорных моментов в требованиях потребителя и отсутствует необходимость сбора дополнительных доказательств. Предлагаем, что оптимальным может стать выделение подобных дел в особое производство. При этом необходимо закрепить в качестве максимального двухмесячный срок рассмотрения дел данного вида.

В России 1.01.2011 вступил в силу Федеральный закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре

---

<sup>21</sup> *Бажанов П.* Новые правила применения административных наказаний а нарушение прав потребителей / CNLegal.ru — Блог о законодательстве Китая. [Электронный ресурс]: // URL: [http://cnlegal.ru/china\\_administrative\\_law/customers\\_rights\\_administrative\\_liability/](http://cnlegal.ru/china_administrative_law/customers_rights_administrative_liability/) (дата обращения: 12.02.2017)

<sup>22</sup> *Горковенко М.Л.* Новые перспективы в развитии торгового законодательства / Влияние финансово-правовых и иных публично-правовых институтов на инновационное развитие России. Материалы конференции. Иркутск, 2014. С. 122–130.

<sup>23</sup> *Чапкевич Л.Е.* Административно-правовое регулирование обеспечения безопасности и качества потребительских товаров: дис... к. ю. н. М., 2005. С. 235.

медиации)» (далее — Закон о медиации). Закон предусматривает право на создание организаций, предлагающих гражданам разрешить конфликт, не прибегая к судебному разбирательству, то есть используя процедуру медиации.

Институт медиации по потребительским спорам опосредован деятельностью общественных объединений потребителей, функционирующих на основе Закона «О защите прав потребителей». В этом контексте интересна позиция М.Ю. Чельшиева: стимулируя развитие общественного движения в защиту прав потребителей, а также в области применения медиации целесообразно установить положения о медиации в сфере защиты прав потребителей, предусматривающие активную роль общественных объединений потребителей в этой процедуре<sup>24</sup>. Полагаем, что данные правила следует закрепить в Законе о медиации в качестве исключения из общих правил, установленных им. Отметим, что ст. 30 Закона КНР «О защите прав и интересов потребителей» обязывает государственные органы в ходе разработке ими законов, подзаконных и ведомственных актов по вопросам обязательных требований, имеющих отношение к правам и законным интересам потребителей, заслушивать рекомендации (мнения) потребителей, ассоциаций потребителей и других организаций<sup>25</sup>.

На актуальность взаимодействия уполномоченных в сфере защиты прав потребителей органов с сообществом потребителей указывает практика Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека (Роспотребнадзор) по опубликованию различных рекомендаций, адресованных неопределенному кругу потребителей, по реализации принадлежащих потребителям прав<sup>26</sup>. Территориальные органы Роспотребнадзора также участвуют в разработке информационных писем для населения по актуальным вопросам осуществления прав потребителей (например, «Если нарушены права потребителя при использовании услуг автосервиса», «Как защитить свои права», «Покупаем мобильный телефон» и т.д.)<sup>27</sup>.

В Китае применение медиации началось значительно раньше, чем в России. В 1986 г. в КНР уже работало 950 000 посреднических комитетов и 6 млн. посредников, которые за год урегулировали 7 млн. 300 тыс. споров, в число которых вошли споры о нарушении прав потребителя. В настоящее время в КНР процедура медиации в сфере защиты прав потребителей широко применяется. Около 30% споров в КНР разрешается во внесудебном порядке. Если стороны достигли соглашения в рамках медиации и утвердили его в

<sup>24</sup> Чельшев М.Ю. О формировании концепции развития законодательства о защите прав потребителей / Сфера услуг: гражданско-правовое регулирование / под ред. Е.А. Суханова, Л.В. Санниковой. М., 2011. С. 69.

<sup>25</sup> См.: Махров А.В. О защите прав потребителей в Китае (правовой аспект) [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.russchinatrade.ru/assets/files/ru-useful-info/O\\_zatshite\\_prav\\_potrebiteley.pdf](http://www.russchinatrade.ru/assets/files/ru-useful-info/O_zatshite_prav_potrebiteley.pdf) (дата обращения: 14.04.2017); Базанов П. Закон КНР «О защите прав потребителей» [Электронный ресурс]: // URL: [http://pavel.bazhanov.pro/translations/chinacivillaw/china\\_consumer\\_rights\\_protection\\_law/](http://pavel.bazhanov.pro/translations/chinacivillaw/china_consumer_rights_protection_law/) (дата обращения: 14.04.2017)

<sup>26</sup> Это, например, «Информация для потребителей туристических услуг, связанных с поездками в Египет» (от 8.12.2010), «О конструктивном диалоге между Роспотребнадзором и участниками рынка банковских услуг» (от 14.09.2010), «Об урегулировании гражданско-правовых споров с участием посредника (медиатора)» (от 6.08. 2010), «Еще раз о порядке участия Роспотребнадзора в судебной защите потребителей» (от 22.07.2010), «Что надо знать потребителю о своих правах в жилищной сфере» (от 22.07.2010) и др. См.: сайт Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека. [Электронный ресурс]: // URL: <http://rpn.tatar.ru/rus/pametkanas.htm> (дата обращения: 28.11.2012)

<sup>27</sup> Там же.

порядке, предусмотренном для рассмотрения третейскими судами (арбитражем), такое соглашение приобретает силу третейского решения (арбитража) и подлежит исполнению в соответствующем порядке. Такая процедура позволяет, не требуя утверждения соглашения по итогам медиации, использовать возможность как государственного принуждения к исполнению, так и надзора над их законностью вне зависимости от судебного производства<sup>28</sup>.

Законодательная регламентация медиативных процедур содержится в ряде нормативных актов. В 1994 г. был разработан Закон КНР «Об арбитраже». Его целью стало «обеспечение справедливого и своевременного арбитража экономических споров, защита законных прав и интересов сторон...»<sup>29</sup>. Кроме того, «в целях ... защиты законных интересов сторон и содействия стабильности и гармонии трудовых отношений» в 2007 г. принят Закон «О медиации и арбитраже трудовых споров»<sup>30</sup>. С 2011 г. действует Закон КНР «О народной медиации», регулирующий деятельность комитетов народной медиации, которые действуют путем «убеждения, наставления и другим способами в целях содействия сторонам в заключении медиативных соглашений на основе равенства и согласия и разрешения споров среди населения»<sup>31</sup>.

При медиации истец-потребитель заинтересован в получении качественного товара, услуги, денежной суммы при расторжении договора, а также в исполнении решения в кратчайший срок. Санкции же для большинства истцов имеют второстепенное значение. Ответчик заинтересован в минимизации судебных расходов на экспертизу, государственную пошлину, в уменьшении или полном освобождении от санкций в виде неустойки, штрафа, компенсации морального вреда. Данный расклад интересов позволяет сторонам находить компромисс, что подтверждено практикой. Потому преимуществами этого инструмента являются минимальные материальные затраты по сравнению с судебным делопроизводством, меньшие временные издержки и больший психологический комфорт.

Для развития и расширения общественного движения в защиту прав потребителей в торговом обслуживании и в сфере применения процедуры медиации необходимо предусмотреть положения о медиации в российском Законе «О защите прав потребителей». Однако увеличение обращений к процедуре медиации может повлечь необходимость соответствующих изменений в процессуальном и налоговом законодательстве, например, в части размера государственной пошлины.

В связи с недавними законодательными изменениями неурегулированным остается вопрос о соотношении медиации и досудебных неюрисдикционных процедур<sup>32</sup>. Разумеется, он не затрагивает досудебных процедур, обязательных в силу указания закона

<sup>28</sup> Становление медиации в мире [Электронный ресурс]: // URL: <http://zashitprav.kz/mediaciya/38-stanovlenie-mediicii-v-mire.html> (дата обращения: 12.02.2017)

<sup>29</sup> Закон КНР от 31.08.1994 «Об арбитраже» / Консалтинговая группа «Окно в Китай». [Электронный ресурс]: // URL: [http://chinalawinfo.ru/civil\\_law/law\\_arbitration-2](http://chinalawinfo.ru/civil_law/law_arbitration-2) (дата обращения: 11.02.2017)

<sup>30</sup> Закон КНР от 29.10. 2007 «О медиации и арбитраже трудовых споров». [Электронный ресурс]: // URL:[http://chinalawinfo.ru/social\\_law/law\\_labour\\_dispute\\_mediation\\_arbitration](http://chinalawinfo.ru/social_law/law_labour_dispute_mediation_arbitration) (дата обращения: 11.02.2017)

<sup>31</sup> Закон КНР от 28.08. 2010 «О народной медиации» [Электронный ресурс]: // URL: [http://pavel.bazhanov.pro/translations/other/peoples\\_mediation\\_law/](http://pavel.bazhanov.pro/translations/other/peoples_mediation_law/) (дата обращения: 11.02.2017)

<sup>32</sup> Об этом также см.: *Коломытцева В.В.* Соотношение медиации и досудебного способа урегулирования правовых конфликтов // Вестник ТГУ. 2012. Выпуск 12 (116). С. 513–516; *Калашиникова С.И.* Медиация в сфере гражданской юрисдикции: автореф. дис. ... к. ю. н. Екатеринбург, 2010. С. 26.

ввиду того, что их перечень определен. Трудности возникают при разграничении медиации и досудебных процедур, закрепляемых в договорах. Проблема заключается в том, что и медиация является неюрисдикционной процедурой. Она может осуществляться и до обращения в суд. При этом организация медиации и досудебного порядка не сильно отличаются друг от друга. Их содержание составляют взаимные действия управомоченной и обязанной сторон спорного правоотношения. Исходя из этого, приходится сказать, что вопрос о соотношении процедур медиации и досудебного урегулирования споров остается открытым.

Трудно не согласиться с мнением М.Ю. Чельшева, что введение медиации в области потребительских споров, а также ее реализация в России сократят объемы работы в судах и улучшат качество судопроизводства<sup>33</sup>. Законом КНР «О защите прав и интересов потребителей» процедура медиации предусмотрена с 1986 г.; тем не менее, граждане обращаются к ней неохотно ввиду трудности ее реализации<sup>34</sup>.

Важной составляющей механизма судебной защиты прав потребителей, как в России, так и в Китае является правовое просвещение потребителей. Это закреплено в ст. 3 российского Закона «О защите прав потребителей»<sup>35</sup> и в ст. 13 Закона КНР «О защите прав и интересов потребителей»<sup>36</sup>. При помощи информирования граждан об их правах в торговом обслуживании, вариантах и методах защиты нарушенных прав потребителей, включения определенных требований в образовательные стандарты, установленные государством, а также в различные профессиональные программы обучения реализуется право потребителей на просвещение. Статья 13 Закона «О защите прав и интересов потребителей» закрепляет обязанность китайских потребителей «усердно овладевать знаниями и навыками использования товаров и услуг для правильного использования товаров и повышения сознательной самозащиты своих прав»<sup>37</sup>.

Проведение тематических семинаров, школьных уроков, лекций для студентов, конференций профессоров и студентов, опубликование информационных материалов будет способствовать просвещению российских и китайских потребителей. Положительно на уровне осведомленности граждан отразится включение дисциплины «Защита прав граждан–потребителей в торговом обслуживании» в программы образовательных учреждений.

Следует отметить возрастающую роль общественных объединений потребителей в защите их прав. В соответствии со ст. 45 российского Закона «О защите прав потребителей» и ст. 12 Закона КНР «О защите прав и интересов потребителей» потребители пользуются правом на создание общественных объединений для защиты своих прав и законных интересов.

Положения ст. 45 российского Закона и ст. 12 Закона КНР сводят право общественных объединений потребителей непосредственно к выявлению нарушений прав потре-

<sup>33</sup> Чельшев М.Ю. О формировании концепции развития законодательства о защите прав потребителей / Сфера услуг: гражданско-правовое регулирование. С. 69.

<sup>34</sup> Троцинский П.В. Основные направления развития законодательной системы современного Китая // Международное публичное и частное право. 2015. № 4. С. 38–40.

<sup>35</sup> Ст. 3 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» (ред. от 03.07.2016) // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

<sup>36</sup> Law of the People's Republic of China on the Protection of Consumer Rights and Interests. [Электронный ресурс]: // URL: // <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn174en.pdf> (дата обращения: 21.07.2016)

<sup>37</sup> Там же. Ст. 13.

бителей, установлению фактов, которые свидетельствуют только о несоблюдении законодательства в сфере защиты прав граждан-потребителей в торговом обслуживании.

Имея в виду важность функций, выполняемых общественные объединения потребителей, нельзя не обратить внимания на негативное влияние, которое оказывает деятельность некоторых организации. Единственная цель таких организаций заключается лишь в получении дохода с предпринимателей, а не в защите прав потребителей. Деятельность данных организаций полностью дискредитирует сущность общественного контроля качества продукции и оказываемых услуг.

Законы России и Китая не устанавливают порядка и сроков проверок общественными объединениями соблюдения прав потребителей и правил торгового, бытового и других видов их обслуживания, что чревато злоупотреблениями. Ввиду этого целесообразно внести изменения и дополнения, которые регламентировали бы деятельность общественных объединений при организации и проведении подобных проверок. Внешение такого рода изменений окажет положительное влияние на обеспечение прав и законных интересов как добросовестных общественных объединений потребителей, так и субъектов предпринимательской деятельности.

Периодически в указанные законы России и КНР вносятся поправки<sup>38</sup>. Все они были связаны с изменениями в общественных отношениях. Законодательство не стоит на месте, а периодически изменяется, и этот факт свидетельствует, что законодательство в области защиты прав потребителей востребовано.

Применение законодательства в сфере защиты прав потребителей в торговом обслуживании, сложившаяся за многие годы действия такого законодательства, показывает, что рассматриваемые законы действительно позволяют защищать прав потребителей<sup>39</sup>. Каждые 3–4 года возникает необходимость внесения серьезных изменений в названные законы, что диктуется объективной необходимостью, которая складывается на потребительском рынке. Изменения в законах призваны восполнять пробелы, возникающие в ходе правоприменения.

Определяя перспективы развития законодательства по защите прав потребителей в торговом обслуживании в России и Китае, отметим ряд аналогий в современном развитии и возможные векторы перспективного движения.

В качестве одной из важнейших мер, направленных на совершенствование механизма защиты прав потребителей в торговом обслуживании в России, следует законодательно закрепить процедуры медиации при защите прав потребителей. Внедрение данной процедуры будет способствовать развитию общественного движения в защиту прав потребителей, усилению роли общественных организаций, которые смогут законодательно применять медиацию как один из механизмов защиты прав потребителей. Введение медиации при защите прав потребителей расширит и ускорит развитие законодательства по защите прав потребителей в торговом обслуживании в России. Этому может помочь использование положительного опыта Китая по данному вопросу.

С целью совершенствования законодательства в рассматриваемой сфере логично закрепление в рассматриваемых законах России и Китая обязанности участников правоотношений соблюдать требования добросовестности, разумности и справедливости в отношении друг друга, а также установление ответственности за нарушение этих требо-

<sup>38</sup> Троцинский П.В. Указ. соч. С. 38–40.

<sup>39</sup> Large J. 'Get Real, Don't Buy Fakes': Fashion Fakes and Flawed Policy – Taking a Consumer-responsibility Approach to Reducing 'Problem' of Counterfeiting // *Criminology and Criminal Justice*. 2015. Vol. 15. № 2. P. 169–185.

ваний. При этом ответственность должна быть не декларативной, а способной обеспечить добросовестное исполнение норм законодательства продавцами, исполнителями и изготовителями. В этом смысле в современных условиях российской действительности становится целесообразным усиление публично-правового аспекта в обеспечении прав и законных интересов российских и китайских граждан-потребителей, ужесточение административной ответственности за нарушение их прав.

Имеет смысл упростить процедуру гражданского судопроизводства в случаях, когда нет спорных моментов в требованиях потребителя, и отсутствует необходимость сбора дополнительных доказательств. Полагаем, что оптимальным может стать выделение подобных дел в особое производство при закреплении максимального срока рассмотрения дел данного вида в 2 месяца.

Во многом аналогичная структура законодательства позволяет наблюдать тесную взаимосвязь российского и китайского права в области защиты прав потребителей, что обусловлено традиционным экономическим партнерством двух стран. При этом перспективы совершенствования правовой регламентации исследуемой сферы вполне могут быть взаимообразны.



## Библиография

- Бажанов П.В. Ведение бизнеса в Китае: правовые аспекты. Выпуск 1: Обзор правовой среды. М.: Инфотропик, 2015. 212 с.
- Берзинь О.А., Рябинина Е.Н. Правовые формы ведения бизнеса российскими предпринимателями в Китае // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 200–211.
- Богдан В.В. Гражданско-правовые способы защиты прав потребителей в сфере торговли и услуг // Юрист. 2003. № 7. С. 11–14.
- Горковенко М.Л. Новые перспективы в развитии торгового законодательства / Влияние финансово-правовых и иных публично-правовых институтов на инновационное развитие России. Материалы научно-практической конференции. Иркутск: Институт законодательства и правовой информации им. М.М. Сперанского, 2014. С. 122–130.
- Зорькин В.Д. Права человека в контексте глобальной юриспруденции // Журнал конституционного правосудия. 2009. № 2. С. 6–8.
- Маркова О.А. Законодательство о защите прав потребителей России, Китая, Монголии: сравнительно-правовой анализ // Вестник Забайкальского государственного университета. 2011. № 2. С. 51–54.
- Салыгин Е.Н. Правовая система как объект социолого-правового анализа // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 57–69.
- Трошинский П.В. Влияние традиции на право современного Китая // Журнал российского права. 2014. № 8. С. 94–106.
- Трошинский П.В. Основные направления развития законодательной системы современного Китая // Международное публичное и частное право. 2015. № 4. С. 38–40.
- Чапкевич Л.Е. Административно-правовое регулирование обеспечения безопасности и качества потребительских товаров: дис. ... к. ю. н. М., 2005. 235 с.
- Чельшев М.Ю. О формировании концепции развития законодательства о защите прав потребителей / Сфера услуг: гражданско-правовое регулирование: сборник статей / под ред. Е.А. Суханова, Л.В. Санниковой. М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 69.
- Шилина М.Г. Международно-правовое регулирование транспортно-логистического взаимодействия государств в рамках ШОС // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 78–87.
- Cheng H. Cheap Capitalism A Sociological Study of Food Crime in China // British Journal of Criminology. 2012. Vol. 52. № 2. P. 254–273.

Large J. 'Get Real, Don't Buy Fakes': Fashion Fakes and Flawed Policy—the Problem with Taking a Consumer-Responsibility Approach to Reducing the 'Problem' of Counterfeiting // *Criminology and Criminal Justice*. 2015. Vol. 15. №. 2. P. 169–185.

Law of the People's Republic of China on the Protection of Consumer Rights and Interests. Available at: URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn174en.pdf> (дата обращения: 21.07.2016)

---

## Perspectives of Developing Consumer Rights Protection in Legislation on Trading Service in Russia and China



**Irina V. Mikheeva**

Professor, Department of Constitutional and Administrative Law, National Research University Higher School of Economics, Nizhny Novgorod Campus, Doctor of Juridical Sciences. Address: 25/12 Bolshaya Pecherskaya Str., Nizhny Novgorod 603155, Russian Federation. E-mail: [imikheeva@hse.ru](mailto:imikheeva@hse.ru)



**Anastasia S. Loginova**

Associate Professor, Department of Constitutional and Administrative Law, National Research University Higher School of Economics, Nizhny Novgorod Campus, Master in International Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 25/12 Bolshaya Pecherskaya Str., Nizhny Novgorod 603155, Russian Federation. E-mail: [aloginova@hse.ru](mailto:aloginova@hse.ru)



### Abstract

The article is devoted to the legislation in the field of consumer rights protection in Russia and China. The authors highlighted the issues in the sphere of consumer protection in trading service of the Russian Federation (hereafter — the RF) and the People's Republic of China (hereafter — the PRC). The article presents a comparative analysis of the legislation of the two countries, identifies prospects and development trends of the Russian and Chinese legislation in the sphere of consumer protection. A comparison of the provisions of the RF and PRC legislation in the sphere of consumer protection in trading service is of particular relevance. The main goal of this comparison is to remove the gaps in national legislation, improve its provisions according to the PRC legal practice. The authors of the proposed article make conclusions that despite some differences in formulation, the scope of the Russian and Chinese laws are practically identical. The study of the Chinese law rules leads to the conclusion that the legislation may need the relations that are associated with the purchase and use of goods, performance of works or rendering of services. Consumer protection legislation varies periodically. Currently it is modernizing. In order to improve the mechanism of consumers' rights protection in Russia, the authors propose to fix the mediation usage at the legislative level, as it is in the PRC. The introduction of this procedure will also contribute to the development of the movement in defense of consumers' rights, strengthening the role of civil society organizations. We deem it expedient to add mediation provision in the sphere of consumer protection into the Law of the Russian Federation on the Protection of the Consumers' Rights. Also it is essential to strengthen the role of consumer associations in this procedure.



### Keywords

consumer rights, consumer market, trading service, consumer protection, mediation, Russia, China, legislation, legal liability.

Citation: Mikheeva I.V., Loginova A. C. (2017) Perspectives of Developing Consumer Rights Protection in Legislation on Trading Service in Russia and China. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 201–215 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.202.215



## References

- Bazhanov P.V. (2015) *Vedenie biznesa v Kitae: pravovye aspekty. Vypusk 1: Obzor pravovoy sredy* [Business in China. Legal Aspects. Issue 1. Review of Legal Framework]. Moscow: Infotropik, 212 p. (in Russian)
- Berzin' O.A., Ryabinina E.N. (2016) Pravovye formy vedeniya biznesa rossiyskimi predprinimatel'nyami v Kitae [Legal Forms of Running Business by Russian Entrepreneurs in China]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 2, pp. 200–211.
- Bogdan V.V. (2003) Grazhdansko-pravovye sposoby zashchity prav potrebiteley v sfere trgovli i uslug [Civil Law Ways of Protecting Consumer Rights in Trade and Services]. *Yurist*, no 7, pp. 11–14.
- Chapkevich L.E. (2005) *Administrativno-pravovoe regulirovanie obespecheniya bezopasnosti i kachestva potrebitel'skikh tovarov*. Diss. Kand. Yurid. Nauk [Administrative Law Regulation of Ensuring Safety and Quality of Consumer Goods. Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Moscow, 235 p.
- 5Cheng H. (2012) Cheap Capitalism A Sociological Study of Food Crime in China. *British Journal of Criminology*, no. 2, pp. 254–273.
- Large J. (2015) 'Get Real, don't Buy Fakes': Fashion Fakes and Flawed Policy — Problem with Taking a Consumer-Responsibility Approach to Reducing the Problem of Counterfeiting. *Criminology and Criminal Justice*, no. 2, pp. 169–185.
- Law of the People's Republic of China on the Protection of Consumer Rights and Interests. Available at: URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn174en.pdf> (accessed: 21.07. 2016)
- Markova O.A. (2011) Zakonodatel'stvo o zashchite prav potrebiteley Rossii, Kitaya, Mongolii: sravnitel'no-pravovoy analiz [Consumer Rights Legislation in Russia, China, Mongolia, Comparative Analysis]. *Vestnik Zabaykal'skogo gosudarstvennogo universiteta*, no. 2, pp. 51–54.
- Sait federalnoi sluzhby po nadzory v sphere zashchity prav potrebitelei (2012). Available at: URL: <http://rpn.tatar.ru/rus/pametkanas.htm> (accessed: 28.11.2016)
- Salygin E.N. (2014) Pravovaya sistema kak ob'ekt sociologo-pravovogo analiza [Legal System as an Object of Sociological and Legal Analysis]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 1, p. 57–69.
- Shilina M.G. (2015) Mezhdunarodno-pravovoe regulirovanie transportno-logisticheskogo vzaimodeystviya gosudarstv v ramkakh ShOS [International Legal Regulation of the Transport and Logistics Interactions within the Framework of the SCO]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 3, pp. 78–87.
- Troshhinskiy P.V. (2015) Osnovnye napravleniya razvitiya zakonodatel'noy sistemy sovremennogo Kitaya [Trends in the Development of the Legislative System in Modern China]. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no. 4, pp. 38–40.
- Troschinskiy P.V. (2015) Razvitie kitayskogo zakonodatelstva v poslednie gody [Development of Chinese Law in Recent Years]. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no. 3, pp. 36–40.
- Troshhinskiy P.V. (2014) Vliyanie traditsii na pravo sovremennogo Kitaya [Influence of Tradition on Law in China]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no. 8, pp. 94–106.
- Zor'kin V.D. (2009) Prava cheloveka v kontekste global'noy yurisprudentsii [Human Rights and Global Jurisprudence]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*, no. 2, pp. 6–8.

# Значение основополагающих прав человека для налогового права Германии

---



## М. Штебер

профессор Кильского университета им. Кристиана Альбрехта, управляющий директор Института торгового и налогового права, заведующий кафедрой гражданского и гражданско-процессуального права, немецкого и международного налогового права, а также коммерческого и торгового права, доктор права. Адрес: 24118, Германия, Киль, Лейбништрассе, 6. E-mail: mstoeber@law.uni-kiel.de

---



## Аннотация

Конституция Германии, именуемая Основным Законом, содержит каталог основополагающих прав и свобод человека. Зафиксированные в данном каталоге права рассматриваются как «непосредственно действующее право» и являются обязательными для всех институтов власти, и, в частности, для ее законодательной ветви. Непосредственным образом фундаментальные права затрагивают также и налоговое законодательство, отличающееся особым уровнем воздействия на правовую и экономическую жизнь общества. Указанная специфика данной отрасли права нашла отражение в решениях Федерального Конституционного Суда Германии, в которых была отмечена необходимость строгого соответствия налогового законодательства зафиксированным в Конституции основополагающим правам. Особое внимание в данном вопросе Суд уделяет защите как конституционно закрепленного права на равенство (принцип взимания налогов в соответствии с состоятельностью, принцип объективного и субъективного нетто-налогообложения), так и ряда иных основных прав (права собственности, защита семьи и брака). Наряду с этим все законы, содержащие нормы налогового права, должны соответствовать требованиям, вытекающим из принципа правового государства, также закрепленного в Основном законе Германии. К данным требованиям можно отнести как обязательность процедуры парламентского одобрения налоговых законов, так и обеспечение надлежащего уровня правовой определенности внедряемого закона, равно как и запрет обратной силы налоговых законов. В данной статье рассмотрена общая структура немецкого налогового права и его источников, а также система налоговых органов Германии. Кроме этого, исследуется классификация взимаемых налогов по объекту налогообложения, по способу взимания и по категориям налогоплательщиков. На основе анализа массива практики Федерального Конституционного Суда, Высшего Финансового суда и судов общей юрисдикции детально раскрыто значение основных прав и принципа правового государства для немецкого налогового права в части налогообложения физических лиц.

---



## Ключевые слова

права человека, Основной закон, налоговая система германии, Федеральный Конституционный Суд, подоходный налог, налог на прибыль, принцип субъективного нетто-налогообложения, принцип объективного нетто-налогообложения

---

Библиографическое описание: Штебер М. Значение основополагающих прав человека для налогового права Германии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 216–231.

JEL: K34; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.4.216.231

## Введение и общие положения

Как и большинство государств, Германия взимает налоги с физических и юридических лиц, находящихся в пределах ее юрисдикции. Немецкое налоговое право предусматривает различные виды налогов, которые дифференцируются по типу объекта налогообложения, равно как и по критерию субъекта, т.е. адресата налогового регулирования.

Важнейшим объектом налогообложения является доход. Под доходом понимаются все средства, которые налогоплательщик приобрел в результате экономической деятельности, например, заработная плата рабочего или прибыль предпринимателя<sup>1</sup>. В зависимости от субъекта налогообложения в Германии принято выделять подоходный налог и налог на прибыль организаций. Подоходный налог уплачивают только физические лица<sup>2</sup>. Этот же налог уплачивают те физические лица, которые являются участниками хозяйственных товариществ, например, открытого торгового товарищества или товарищества на вере. Необходимо отметить, что хозяйственные товарищества обладают правоспособностью по немецкому гражданскому праву<sup>3</sup>. В то же время налоговое право не рассматривает хозяйственные товарищества в качестве полноценных субъектов налоговых отношений и, как следствие, налогообложению подлежат только отдельные члены этих товариществ<sup>4</sup>. Вопросы налогообложения физических лиц регламентированы в Законе о подоходном налоге (Einkommensteuergesetz).

Налог на прибыль организаций уплачивают, в свою очередь, только юридические лица, прежде всего акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью, а также некоммерческие организации — фонды и партнерства<sup>5</sup>. Эти юридические лица обладают правоспособностью не только по гражданскому, но и по налоговому праву. Налог на прибыль организаций урегулирован в Законе о корпоративном налогообложении (Körperschaftsteuergesetz) и по функциональному назначению аналогичен российскому налогу на прибыль организаций. Относительно ряда вопросов общего характера в отношении юридических лиц также применимы нормы Закона о подоходном налоге<sup>6</sup>. В свою очередь Закон о корпоративном налогообложении регламентирует правила специального характера, которые частично видоизменяют положения Закона о подоходном налоге.

В отношении коммерческих юридических лиц помимо налога на прибыль организаций также взимается промысловый налог. Этот вид налога урегулирован в Законе о промысловом налоге. Объектом данного налога является любая коммерческая деятельность на территории ФРГ вне зависимости от правовой формы субъекта, осуществляющего эту деятельность<sup>7</sup>. Согласно традиционной точке зрения немецкой литературы, деятельность самозанятых граждан, например, врачей или адвокатов, не может квалифицироваться в качестве коммерческой, и, следовательно, не подпадает под критерии объекта промыслового налога<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Birk D., Desens M., Tappe H. Steuerrecht. 19. Aufl. München. 2016. Rn. 102; Fehrenbacher O. Steuerrecht. 6. Aufl. Baden-Baden, 2016. § 2 Rn. 27.

<sup>2</sup> § 1 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes.

<sup>3</sup> § 124 des Handelsgesetzbuchs.

<sup>4</sup> Birk D., Desens M., Tappe H. Op. cit. Rn. 1102; Fehrenbacher O. Op. cit. § 3 Rn. 2.

<sup>5</sup> § 1 Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes.

<sup>6</sup> § 8 Abs. 1 Satz 1 des Körperschaftsteuergesetzes.

<sup>7</sup> § 2 Abs. 1 des Gewerbesteuerengesetzes.

<sup>8</sup> Tipke K., Lang J. Steuerrecht. 22. Aufl. Köln. 2015. § 8 Rn. 424; Fehrenbacher O. Op. cit. § 2. Rn. 177.

Вышеназванные виды налогов взимаются непосредственно с налогоплательщика, в связи с чем именуются *прямыми* налогами.

Другой важной категорией налогов в немецком налоговом праве является налог на торговый оборот (или налог на добавленную стоимость — НДС), основные нормы которого закреплены в Законе о НДС. Объектом этого налога является оборот, сформировавшийся в результате реализации товаров или услуг предприятием либо индивидуальным предпринимателем<sup>9</sup>. К примеру, объектом налогообложения в договоре поставки товаров считается установленная продавцом цена. Другим примером может служить договор о возмездном оказании услуг, где в качестве налогооблагаемой базы выступает вознаграждение за такие услуги. Размер ставки немецкого НДС составляет, как правило, 19% уплачиваемой суммы<sup>10</sup>.

Субъектом налогообложения при взимании НДС является, как правило, предприниматель, реализующий товары или оказывающий услуги<sup>11</sup>. Так как при взимании НДС экономическое бремя несет не предприниматель как субъект, подлежащий налогообложению, в данном случае речь идет о *непрямом* налоге. При последующей перепродаже товара предпринимателю оставляется возможность исключить подлежащий уплате НДС<sup>12</sup>. Для этого предприниматель обязан указать в направляемой финансовому органу декларации сумму НДС, заявленную в фактурном счете, а также данные контрагента. Таким образом, его экономическая деятельность не обременяется дополнительно налогом на добавленную стоимость<sup>13</sup>. Данный феномен, именуемый немецкими учеными *Allphasen-Netto-Besteuerung*, олицетворяет собой основополагающее отличие немецкого НДС от российского аналога. Целью данного типа налогообложения является уменьшение экономического бремени, которую несет конечный потребитель, путем пресечения повышения цен на товар вследствие его многократной продажи между предпринимателями. В условиях открытой торговли внутри ЕС данный постулат приобретает особое практическое значение для общей системы европейского НДС и способствует поддержанию европейского рынка товарооборотов на должном конкурентоспособном уровне.

Праве Европейского союза (в частности, директивы ЕС) о прямых налогах содержит лишь фрагментарные положения. Отдельного законодательного акта, регулирующего такой вид налогообложения на территории всего ЕС, не существует. В свою очередь, в отношении НДС была издана специальная директива ЕС, которая путем унификации законодательств стран-членов в области взимания непрямых налогов выработала единые правила налогообложения и способствовала созданию единой системы европейского НДС<sup>14</sup>.

Подлежащие уплате налоги доводятся до сведения налогоплательщиков посредством налоговых уведомлений, составляемых в соответствующих органах<sup>15</sup>. Если гражданин считает предъявленные к оплате суммы необоснованными, он вправе обжаловать налоговое уведомление в установленном законом порядке<sup>16</sup>. На первой стадии жалоба

<sup>9</sup> § 1 Abs. 1 des Umsatzsteuergesetzes.

<sup>10</sup> § 12 Abs. 1 des Umsatzsteuergesetzes.

<sup>11</sup> § 2, § 13a Abs. 1 Nr. 1 des Umsatzsteuergesetzes.

<sup>12</sup> § 15 des Umsatzsteuergesetzes.

<sup>13</sup> *Tipke K., Lang J.* Op. cit. § 17. Rn. 10; *Fehrenbacher O.* Op. cit. § 7. Rn. 3.

<sup>14</sup> Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, Abl. EU Nr. L 347 vom 11. Dezember 2006, 1.

<sup>15</sup> § 155 Abs. 1 der Abgabenordnung.

<sup>16</sup> § 347 bis § 367 der Abgabenordnung.

рассматривается налоговым органом, решение которого на второй стадии может быть обжаловано в суде. В Германии существует отдельная система судов, рассматривающих налоговые споры — финансовые суды. Их высшей инстанцией является Федеральный финансовый суд в Мюнхене.

## **Обязательный характер норм о защите прав человека для налогового права**

Конституция Германии (Основной Закон 1949 года) содержит в ст. 1–19 перечень основополагающих прав человека и гражданина. В этом перечне речь идет о свободах и гарантиях равенства, которые должны соблюдаться в демократическом правовом государстве и которые, по общему правилу, не подлежат ограничению<sup>17</sup>. Права человека имеют в первую очередь защитную функцию: опираясь на положения об этих правах индивид может защитить себя от неправомерных действий государства и его органов<sup>18</sup>. Это закреплено в ст. 1 п. 3 Основного Закона: «Нижеприведенные основные права человека обязательны для законодательной, исполнительной и судебной властей государства как непосредственно действующее право».

Такое же обязательное значение имеют основополагающие права и для налогового права, причем здесь они играют особенно важную роль, так как налогообложение является обременением индивида, который обязан отказываться от части своего дохода или имущества в пользу государства. Следовательно, ограничивается его свобода распоряжаться по своему усмотрению своими доходами и своим имуществом. Это ограничение обосновывается исходя из категории всеобщего блага. Государство должно обладать достаточным объемом средств, чтобы финансировать поддержание государственного порядка. Государство финансирует в интересах всего общества школы, суды, университеты, полицию, вооруженные силы и т.д. С целью финансирования этих общественных благ государство взимает налоги.

В то же время налогообложение физических лиц ограничено требованиями соблюдения прав человека. При издании законов, связанных с налогообложением, государство непосредственно связано требованиями ст. 1 п. 3 Основного Закона. Налоговое уведомление, изданное на основе закона, нарушающего положения Конституции о правах и свободах, может быть обжаловано в финансовом суде, а в случае отрицательного решения — в Федеральном Конституционном Суде (далее — ФКС)<sup>19</sup>. Конституционный Суд вправе признать соответствующий закон недействительным и отменить основанные на этом законе судебные и административные решения.

Для налогового права наибольшее значение имеет конституционная норма о равенстве всех перед законом (ст. 3 п. 1). Также важную роль играют положения о защите брака и семьи (ст. 6 п. 1) и о праве собственности (ст. 14). Кроме того, исходя из положений о свободе действий индивида (ст. 2 п.1) и о правовом государстве (ст. 20 п. 3), Федеральный Конституционный Суд обосновывает, что в отношении налогообложения индивид обладает правом на соблюдение законности при предъявлении ему налоговых

<sup>17</sup> *Hömig D., Wolff H.* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 11. Aufl. Baden-Baden, 2016. Rn. 3; *Jarass H., Pieroth B.* Kommentar zum Grundgesetz. 14. Aufl. München, 2016. Vorbemerkung vor Art. 1 Rn. 3 ff.; *Kingreen T., Poscher R.* Grundrechte, Staatsrecht II. 32. Aufl. Heidelberg, 2016. 43 f. § 6 Rn. 357 f.

<sup>18</sup> *Hömig D., Wolff H.* Op. cit. Rn. 3; *Jarass H., Pieroth B.* Op. cit. Vorbemerkung vor Art. 1 Rn. 3; *Kingreen T., Poscher R.* Op. cit. § 4 Rn. 81, § 5 Rn. 124 ff.

<sup>19</sup> Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a des Grundgesetzes.

требований, на соблюдение требования о правовой определенности и запрета обратной силы закона. Содержание этих конституционных гарантий является предметом рассмотрения в настоящей статье.

## Равенство всех перед законом (ст. 3 п. 1)

### 1. Принцип взимания налогов в соответствии с экономической состоятельностью

Фундаментальное значение имеет в немецком налоговом праве норма о равенстве всех перед законом (ст. 3 п. 1). В области налогового права отсюда проистекает требование, чтобы граждане с равным уровнем доходов облагались налогами также равным образом. В этом отношении говорят о «горизонтальной справедливости налогообложения»<sup>20</sup>. В то же время из положений ст. 3 п. 1 следует вывод, что различные ситуации должны квалифицироваться разным образом. Следовательно, граждане с низким уровнем доходов не могут облагаться в абсолютном выражении таким же налоговым бременем, что и граждане с высоким уровнем доходов. В этом отношении говорят о «вертикальной справедливости налогообложения»<sup>21</sup>. Из общих положений ст. 3 п. 1. ФКС выводит принцип налогообложения в соответствии с экономической состоятельностью<sup>22</sup>. Этот принцип имеет особенно большое значение при налогообложении полученных доходов, т.е. в отношении подоходного налога физического лица, налога на прибыль организаций и промыслового налога. Налоговое бремя должно соответствовать экономической состоятельности субъекта налогообложения: чем меньше доход налогоплательщика, тем меньше в абсолютном выражении должна быть сумма налога.

Ст. 3 п. 1 Основного Закона не требует, однако, у налоговых органов подробно проверять экономическую состоятельность каждого налогоплательщика и соизмерять с ней сумму налога, — настолько сильная привязка к конкретным случаям сделала бы применение налогового законодательства, в особенности когда речь идет о небольших денежных суммах, крайне затрудненным. В то же время в отношении налогового права действует принцип простоты и эффективности правоприменения, вытекающий из принципа правового государства (ст. 20)<sup>23</sup>. Правовое государство может функционировать только тогда, когда право и его применение являются максимально простыми и эффективными. В соответствии с этим законодатель может прибегать к обобщенному регулированию, чтобы избежать излишних трудностей в применении налогового законодательства<sup>24</sup>.

Из этой возможности законодатель исходил, например, при оценке расходов работника на проезд к месту работы и обратно на собственном транспортном средстве. Эти расходы, как связанные непосредственно с трудовой деятельностью, работник может

<sup>20</sup> Birk D., Desens M., Tappe H. Op. cit. Rn. 192; Tipke K., Lang J. Op. cit. § 3 Rn. 13.

<sup>21</sup> Birk D., Desens M., Tappe H. Op. cit. Rn. 192; Tipke K., Lang J. Op. cit. § 3 Rn. 13.

<sup>22</sup> BVerfG, Urteil vom 3. November 1982 — 1 BvR 620/78, BVerfGE 61, 319 (351); BVerfG, Beschluss vom 22. Februar 1984 — 1 BvL 10/80, BVerfGE 66, 214 (223); BVerfG, Beschluss vom 29. Mai 1990 — 1 BvL 20/84, BVerfGE 82, 60 (86); BVerfG, Beschluss vom 22. Juni 1995 — 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 (135); BVerfG, Beschluss vom 4. Dezember 2002 — 2 BvR 400/98, BVerfGE 107, 27 (46 f.); Kirchhof P., Sohn H., Mellinghoff R. Kommentar zum Einkommensteuergesetz. Heidelberg, 2016. § 1 Rn. A 142 ff.

<sup>23</sup> Birk D., Desens M., Tappe H. Op. cit. Rn. 172, 218; Tipke K., Lang J. Op. cit. § 3. Rn. 13.

<sup>24</sup> Birk D., Desens M., Tappe H. Op. cit. Rn. 172, 218; Fehrenbacher O. Op. cit. § 2. Rn. 10; Tipke K., Lang J. Op. cit. § 3 Rn. 13.

вычесть из своих облагаемых налогом доходов. Учитывая небольшой в среднем размер таких расходов, было бы весьма нецелесообразно подсчитывать эти расходы в каждом случае. Необходимо было бы устанавливать стоимость топлива на данный момент и оценивать износ автомобиля каждого производителя. Поэтому законодательно установлено, что расходы на передвижение к месту работы и обратно на собственном автомобиле составляют 30 евроцентов за километр пути; это так называемая усредненная величина дорожных расходов (нем. *Entfernungspauschale*<sup>25</sup>. *Налогоплательщик имеет право вычесть транспортные расходы из налогооблагаемого дохода только в таком размере.*

*Подобные обобщения не противоречат ст. 3 п. 1 Основного Закона только если установленная законодателем фиксированная сумма является реалистической, т.е. соответствует обычным расходам такого рода<sup>26</sup>. В случае с усредненным расходом на дорогу к рабочему месту и обратно это является сомнительным, так как стоимость бензина в Германии в последние годы значительно возросла, тогда как усредненная сумма расходов осталась прежней.*

## **2. Принцип объективного нетто-налогообложения**

Особым случаем проявления принципа налогообложения в соответствии с экономической состоятельностью является принцип объективного нетто-налогообложения. Степень экономической состоятельности налогоплательщика определяется в первую очередь объемом доходов, которые он получает в результате экономической деятельности. В случае с работником имеет значение размер вознаграждения, которое он получает в результате своей несамостоятельной трудовой деятельности. В случае с самостоятельным предпринимателем в расчет принимается прибыль, получаемая им в результате деятельности на рынке в качестве поставщика товаров или услуг.

В то же время налогоплательщик должен нести и определенные расходы, чтобы вести приносящую доход деятельность. Работник должен добираться до места работы на собственном автомобиле или на общественном транспорте; предприниматель, производящий товары, несет расходы на приобретение и ремонт оборудования, заработную плату работников, закупку сырья. Самозанятые специалисты, такие как врачи или адвокаты, также несут расходы, связанные с их трудовой деятельностью (на аренду помещения, на приобретение и обслуживание медицинского оборудования).

Все эти расходы, направленные только на то, чтобы обеспечить налогоплательщику деятельность на рынке, уменьшают экономическую состоятельность налогоплательщика — после их вычета в его распоряжении остается только часть совокупного дохода. Фактическая экономическая состоятельность, таким образом, определяется не по сумме совокупного дохода, а по сумме, остающейся после вычета всех необходимых расходов (нетто-сумма). В немецком налоговом праве действует принцип, согласно которому только нетто-сумма подлежит обложению прямыми налогами<sup>27</sup>. Этот принцип носит название «принцип объективного нетто-налогообложения» (*das objektive Nettoprinzip*). Он является следствием принципа налогообложения в соответствии с экономической состоятельностью.

<sup>25</sup> § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 des Einkommensteuergesetzes.

<sup>26</sup> Birk D., Desens M., Tappe H. Op. cit. Rn. 172, 218; Fehrenbacher O. Op. cit. § 2 Rn. 12; Tipke K., Lang J. Op. cit. § 3 Rn. 13.

<sup>27</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Januar 1990 — 1 BvL 4/87, BVerfGE 81, 228 (236 f.); BVerfG, Beschluss vom 4. Dezember 2002 — 2 BvR 400/98, BVerfGE 107, 27 (47); BVerfG, Urteil vom 9. Dezember 2008 — 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210, Rn. 62; Birk D., Desens M., Tappe H. Op. cit. Rn. 615; Schneider S. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des objektiven Nettoprinzips // Beihefter zu DStR 34/2009. 87 (88).

Однако среди немецких исследователей нет единого мнения о том, является ли объективное нетто-налогообложение, как и принцип налогообложения в соответствии с экономической состоятельностью, прямым следствием ст. 3 п. 1 Основного Закона, а, следовательно, принципом конституционного уровня, или же речь идет об обычном законодательном принципе, непосредственно не обеспеченным конституционно-правовой защитой<sup>28</sup>. В отношении данного казуса позиция ФКС до сих пор не ясна<sup>29</sup>.

Общепризнанным является факт, что законодатель может отклоняться от принципа объективного нетто-налогообложения только при серьезных к тому основаниях<sup>30</sup>. ФКС делает этот вывод также исходя из толкования ст. 3 п. 1, на основе которого, по мнению Суда, следует принцип последовательности. Требование равного налогообложения означает, что законодатель должен последовательно реализовывать принятое о налогообложении граждан решение соответствующим образом. Поэтому законодатель не может отклоняться от принципа объективного нетто-налогообложения без серьезных к тому оснований<sup>31</sup>.

### 3. Решение ФКС от 9.12.2008 по делу об усредненной сумме транспортных расходов

Примером отступления от принципа объективного нетто-налогообложения является внесение изменений в § 9 Закона о подоходном налоге, вступивших в силу с 1 января 2007 г. Как было сказано, работник, пользующийся личным транспортным средством для проезда к месту работы и обратно, имеет право на вычет данных транспортных расходов из своего налогооблагаемого дохода в размере 30 евроцентов на каждый километр.

Это правило было изменено в 2006 г.: с 1 января 2007 г. данные транспортные расходы стали вычитать из налогооблагаемого дохода только начиная с 21 км пути от места жительства работника до его рабочего места; расходы на первые 20 км должны были с тех пор облагаться налогом на общих основаниях. Внося это изменение, законодатель рассчитывал расширить налоговую базу государства и увеличить налоговые поступления в бюджет. Однако ФКС в решении от 9.12.2008 пришел к выводу, что такое изменение § 9 Закона о налоге на доходы противоречит Конституции<sup>32</sup>. Для отказа в изъятии из сферы налогообложения расходов на проезд в пределах первых 20 км от дома до рабочего места не было должных оснований. В особенности, по мнению кон-

<sup>28</sup> *Englisch J.* Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des objektiven Nettoprinzips. Beihefter zu DStR 34/2009. 92 (96); *Hey J.* Körperschaft- und Gewerbesteuer und objektives Nettoprinzip. Beihefter zu DStR 34/2009. 109 (110); *Wernsmann R.* Einkommensteuer und objektives Nettoprinzip // Beihefter zu DStR 34/2009. 101.

<sup>29</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Januar 1990 — 1 BvL 4/87, BVerfGE 81, 228 (237); BVerfG, Beschluss vom 4. Dezember 2002 — 2 BvR 400/98, BVerfGE 107, 27 (47 f.); BVerfG, Urteil vom 9. Dezember 2008 — 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210, Rn. 63.

<sup>30</sup> BVerfG, Beschluss vom 4. Dezember 2002 — 2 BvR 400/98, BVerfGE 107, 27 (48); BVerfG, Urteil vom 9. Dezember 2008 — 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210, Rn. 63; BVerfG, Beschluss vom 12. Oktober 2010 — 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224, Rn. 58; *Musil A., Volmering B.* Systematische, verfassungsrechtliche und europarechtliche Probleme der Zinsschranke // DB 2008. 12 (14); *Schneider S.* Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des objektiven Nettoprinzips // Beihefter zu DStR. 34/2009. 87 (90 f.); ferner BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 — 1 BvR 611/07, BVerfGE 126, 400, Rn. 80.

<sup>31</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Januar 1990 — 1 BvL 4/87, BVerfGE 81, 228 (237); BVerfG, Beschluss vom 30. September 1998 — 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88 (96 f.); BVerfG, Beschluss vom 4. Dezember 2002 — 2 BvR 400/98, BVerfGE 107, 27 (48); BVerfG, Urteil vom 9. Dezember 2008 — 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210, Rn. 63; *Englisch J.* Op. cit. 92 (96 ff.); *Goebel S., Eilinghoff K.* (Nicht-)Konformität der Zinsschranke mit dem Grundgesetz und Europarecht? // DStZ 2010. S. 550,555; *Hey J.* Körperschaft- und Gewerbesteuer und objektives Nettoprinzip // BB 2007. S.1303–1304.

<sup>32</sup> BVerfG, Urteil vom 9. Dezember 2008 — 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210.

ституционных судей, цель увеличения налоговых поступлений не является сама по себе основанием для отступления от принципа объективного нетто-налогообложения<sup>33</sup>. Суд признал изменения, внесенные в § 9 Закона о подоходном налоге, несоответствующими ст. 3 п. 1 Конституции и обязал законодателя вернуться к прежней норме, согласно которой налоговые изъятия для транспортных расходов работников были возможны уже с первого километра пути<sup>34</sup>.

#### 4. Принцип субъективного нетто-налогообложения

Выше был рассмотрен принцип объективного нетто-налогообложения, в соответствии с которым из облагаемого налогом дохода гражданина или прибыли юридического лица вычитаются расходы, непосредственно связанные с его экономической деятельностью и являющиеся необходимыми, чтобы иметь возможность получать доход. Эти расходы уменьшают объективную экономическую состоятельность налогоплательщика.

Но существуют также расходы, которые налогоплательщик обязан производить для того, чтобы обеспечить потребности себя и своей семьи. Средства, направляемые на эти расходы, также не находятся в его свободном распоряжении и уменьшают его субъективную экономическую состоятельность. Принцип равенства, закрепленный в ст. 3 п. 1 Конституции, требует осуществлять налогообложение в соответствии с индивидуальной экономической состоятельностью, поэтому эти расходы должны быть исключены, по крайней мере, в определенном объеме из облагаемой налогом суммы доходов. Принцип, в соответствии с которым расходы на обеспечение базовых потребностей налогоплательщика исключаются из налогооблагаемого дохода, именуется принципом субъективного нетто-налогообложения<sup>35</sup>.

В соответствии с практикой ФКС прожиточный минимум должен полностью исключаться из налогооблагаемой суммы доходов<sup>36</sup>. Под прожиточным минимумом понимается минимальная сумма, в которой нуждается гражданин Германии для того, чтобы иметь условия для достойного человеческого существования. Вывод о том, что сумма прожиточного минимума не должна облагаться налогом следует, во-первых, из принципа равенства в соответствии со ст. 3 п. 1 Конституции<sup>37</sup>. Кроме того, этот вывод основывается на положении ст. 1 п. 1, в соответствии с которым государство обязано уважать и защищать достоинство человека<sup>38</sup>. На основании этой нормы государство не может отчуждать у индивида средства, которые требуются последнему для поддержания минимального достойного уровня жизни. Наконец, ФКС основывает вывод об освобождении прожиточного минимума от налогообложения на ст. 20 п. 1 Основного Закона, в соответствии с которым Германия является демократическим и социальным федеративным государством<sup>39</sup>. Как социальное государство ФРГ обязана обеспечить

<sup>33</sup> BVerfG, Urteil vom 9. Dezember 2008 — 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (241).

<sup>34</sup> § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 des Einkommensteuergesetzes.

<sup>35</sup> Birk D., Desens M., Tappe H. Op. cit. Rn. 189 f.; Fehrenbacher O. Op. cit. § 2 Rn. 6 f.

<sup>36</sup> BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 — 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175 (222 ff.).

<sup>37</sup> BVerfG, Beschluss vom 17. Oktober 1984 — 1 BvR 527/80, BVerfGE 68, 143 (152); BVerfG, Beschluss vom 29. Mai 1990 — 1 BvL 20/86, BVerfGE 82, 60 (86).

<sup>38</sup> BVerfG, Beschluss vom 29. Mai 1990 — 1 BvL 20/86, BVerfGE 82, 60 (85); BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 — 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267 (363); BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 — 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175 (222 ff.).

<sup>39</sup> BVerfG, Beschluss vom 29. Mai 1990 — 1 BvL 20/86, BVerfGE 82, 60 (85); BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 — 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267 (363); BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 — 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175 (222 ff.).

своим гражданам минимальный достойный уровень жизни и не ухудшать его взиманием налогов с суммы прожиточного минимума.

Таким образом, остающийся после всех обязательных выплат годовой доход гражданина освобождается от подоходного налога в пределах суммы базового необлагаемого налогом дохода (нем. *Grundfreibetrag*)<sup>40</sup>. Эта сумма индексируется ежегодно в соответствии с состоянием экономики. В 2017 г. данная сумма составляет 8820 евро годового дохода. Налогообложению подвергаются, таким образом, только доходы гражданина, превышающие эту сумму.

## **Защита брака и семьи в соответствии с ст. 6 п. 1 Основного Закона**

### **1. Вычеты из налогооблагаемой базы, связанные с расходами на детей, и применение единого налогообложения к супругам**

Согласно ст. 6 п. 1 Основного закона брак и семья находятся под защитой государства. Это требование распространяется и на налогово-правовое регулирование. Ст. 6 п. 1 запрещает ставить лиц, находящихся в браке, в налогово-правовом отношении в худшее положение, чем лиц, не находящихся в браке<sup>41</sup>. В рамках принципа субъективно-нетто-налогообложения на основании ст. 6 п. 1 Конституции для определения налога, подлежащего взиманию, должны также учитываться расходы налогоплательщика на содержание семьи и иных лиц, находящихся на его иждивении, так как данные средства также не находятся в его свободном распоряжении<sup>42</sup>.

Расходы налогоплательщика на содержание и обучение своих детей уменьшают в определенном размере (нем. *Kinderfreibetrag* — необлагаемая налогом сумма расходов на содержание ребенка) подлежащий налогообложению доход<sup>43</sup>. Налогоплательщики, не обладающие постоянным доходом, доход которых меньше установленного прожиточного минимума, которые не могут в полном объеме использовать установленную сумму на содержание ребенка, получают детское пособие (нем. *Kindergeld*), выплачиваемое ежемесячно и не зависящее от размера основного дохода<sup>44</sup>.

На основании конституционной нормы о защите брака и семьи лицо, состоящее в браке, не может ставиться в налогово-правовом отношении в худшие условия исходя из того, что только один супруг занимается оплачиваемой трудовой деятельностью, а другой ведет домашнее хозяйство, как предусмотрено в традиционных брачных отношениях. Закон о подоходном налоге оставляет налогоплательщикам, состоящим в браке, возможность применения единого налогообложения супружеских пар (нем. *Ehegatten-Splittling*)<sup>45</sup>. Эта возможность означает, что доходы обоих супругов суммируются, и супружеская пара рассматривается как один-единственный налогоплательщик. Получившаяся сумма общего дохода супругов при расчете суммы подоходного налога делится на два, определенный таким образом размер подоходного налога удваивается. В данном случае налоговая нагрузка вследствие действующей в Германии прогрессивной шкалы

<sup>40</sup> § 32a Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes.

<sup>41</sup> Birk D., Desens M., Tappe H. Op. cit. Rn. 199; Tipke K., Lang J. Op. cit. § 3 Rn. 162.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> § 32 des Einkommensteuergesetzes.

<sup>44</sup> § 62 bis § 78 des Einkommensteuergesetzes.

<sup>45</sup> § 26, 26b, 32a Abs. 5 des Einkommensteuergesetzes.

налогообложения получается значительно меньшей, чем если бы работающий и неработающий супруги облагались бы налогами по отдельности<sup>46</sup>. Если, однако, оба супруга трудоустроены и получают приблизительно одинаковую заработную плату, то система единого налогообложения почти не дает им преимуществ.

## 2. Решение ФКС от 7.05.2013 по делу о применении правила о едином подоходном налогообложении к однополым бракам

Долгое время спорным оставался вопрос, обязывает ли законодателя ст. 6 п. 1 Основного Закона не допускать дискриминации состоящих в браке налогоплательщиков, или на этой норме должно основываться привилегированное положение брака по отношению к другим предусмотренным законом формам совместной жизни<sup>47</sup>. В рамках этой дискуссии речь шла в основном о соотношении налоговых гарантий, положенных традиционному браку и однополым гражданским партнерствам. В законодательстве Германии с 2001 г. предусмотрено право лиц одного пола заключать так называемые зарегистрированные гражданские партнерства (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*), которые, прежде всего в частноправовом отношении, во многом приравнены с тех пор к традиционным бракам<sup>48</sup>. В то же время в отношении налогообложения однополым партнерствам долгое время не полагалось таких гарантий, которыми пользовались супруги в традиционном браке (прежде всего это касалось единого подоходного налогообложения)<sup>49</sup>.

В решении от 7.05.2013 ФКС признал такое положение не соответствующим требованиям ст. 3 п. 1 Основного Закона<sup>50</sup>. По мнению Суда, норма ст. 6 п. 1, защищающая брак и семью, не может использоваться в качестве основания дискриминации гражданских партнерств. Смысл данной нормы, по мнению Суда, в том, чтобы поставить в привилегированное положение брак по отношению к другим формам совместной жизни, которые по своему содержанию и цели существенно отличаются от традиционного брака. Однополое гражданское партнерство по своей сущности близко к институту брака: и то, и другое являются длительной и устойчивой формой совместной жизни; содержательных различий между этими формами весьма мало<sup>51</sup>. Это касается в первую очередь

<sup>46</sup> § 32a Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes.

<sup>47</sup> Запрет привилегированного положения отстаивают: *Braun J.* Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Ehe. Reflexionen über den Sinn einer überkommenen Institution // ZRP 2001. 14 (18); *Burgi M.* Schützt das Grundgesetz die Ehe vor der Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften? / Der Staat 2000. 487 (501 f.); *Campenhausen A.* Verfassungsgarantie und sozialer Wandel // VVDStRL 45 (1987). 7 (20 f.); *Dietlein J.* Der Schutz nichtehelicher Lebensgemeinschaften in den Verfassungen und Verfassungsentwürfen der neuen Bundesländer — Zu den bundesverfassungsrechtlichen Grenzen landesstaatlicher Grundrechtssetzung // DtZ 1993. 136 (140 f.); *Kirchhof D.* Ehe und Familie als Grundlage einer freiheitlichen Gesellschaft. Stimmen der Zeit 1999. 507 (508); *Krings G.* Die „eingetragene Lebenspartnerschaft“ für gleichgeschlechtliche Paare — Der Gesetzgeber zwischen Schutzabstandsgebot und Gleichheitssatz // ZRP 2000. 409 (411); *Merten D.* Eheleiche und nichteheliche Lebensgemeinschaften unter dem Grundgesetz / Freiheit und Eigentum. Festschrift für Walter Leisner, 1999. 615 (631); *Pauly W.* Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs // NJW 1997. 1955 (1956); *Scholz R., Uhle A.* „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz. NJW 2001 // NJW 2001. 393 (397 f.). Запрет привилегированного положения отрицают: *Beck V.* Gleichstellung durch Öffnung der Ehe // FPR 2010. 220 (225 f.); *Stüber S.* Vom Gebot, die Ehe zu fördern // FPR 2006. 117 (118).

<sup>48</sup> Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft vom 16. Februar 2001, BGBl. I 2001, 266.

<sup>49</sup> Однополые браки, полностью приравненные в правовом отношении к традиционным, были легализованы в Германии на основании Закона, принятого Бундестагом 30 июня 2017 г., который вступил в силу 1 октября 2017 г. (*прим. пер.*).

<sup>50</sup> BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 — 2 BvR 909/06, NJW 2013, 2257.

<sup>51</sup> BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 — 2 BvR 909/06, NJW 2013, 2257, Rn. 90.

объема взаимных прав и обязанностей. Таким образом, по мнению суда, для отказа партнерствам в равных с браком налоговых гарантиях не было должных оснований.

На основании этого конституционные судьи признали неконституционными положения Закона о налоге на доходы и призвал законодателя привести регулирование в этой сфере в соответствие с Основным Законом. В 2013 г. в Закон были внесены необходимые изменения, и граждане, состоящие в однополых партнерствах, получили возможность использовать систему единого подоходного налогообложения наравне с супругами в традиционном браке<sup>52</sup>.

## Право собственности в соответствии с ст. 14 п. 1 Основного Закона

Согласно последним решениям ФКС, взимание налогов является также обременением для права собственности, закрепленного в ст. 14 п. 1 Конституции, если налогами облагается приобретение собственности<sup>53</sup>. Это относится ко всем прямым налогам. Такие налоги связаны с вещными и обязательственными правами, доступ к которым имел налогоплательщик в текущем финансовом году, и соотносятся таким образом с правами и гарантиями, находящимися под защитой ст. 14 п. 1 Основного Закона<sup>54</sup>.

В течение долгого периода Второй Сенат ФКС, исходя из принципа защиты права собственности, стоял на позиции необходимости установления предела налогообложения. Одним из сторонников данной идеи являлся тогдашний судья Второго Сената профессор П. Кирххоф, являющийся в настоящее время профессором налогового права в отставке Гейдельбергского университета. Он придерживался мнения, что из трактовки ст. 14 п. 2 Конституции проистекает предел налогообложения граждан. Согласно указанной норме, собственность каждого гражданина должна быть *в равной степени* использована как для его собственных нужд, так и для службы обществу на благо<sup>55</sup>. Исходя из того, что использование собственности должно служить *также в равной степени* и общему благу, П. Кирххоф делает вывод, что государство вправе отчуждать в виде налогов у гражданина максимум половину его доходов<sup>56</sup>.

Однако в решении от 18.01.2006 Второй Сенат ФКС отказался от данной правовой позиции<sup>57</sup>. В деле, по которому было вынесено соответствующее решение, налогоплательщик безуспешно пытался обжаловать в финансовом суде налоговое уведомление, в котором сумма подоходного налога и налога на прибыль организаций вкуче составляли 60% полученного им в финансовом году дохода (в совокупности более 300 тыс. евро). Последующая жалоба данного налогоплательщика, поданная в ФКС, была оставлена последним без удовлетворения.

Ст. 14 п. 1 защищает право гражданина использовать свою собственность в личных целях. В то же время ст. 14 п. 2 устанавливает, что собственность должна служить и всеобщему благу. Как постановил Второй Сенат ФКС в цитированном выше решении от

<sup>52</sup> § 2 Abs. 8 des Einkommensteuergesetzes.

<sup>53</sup> BVerfG, Beschluss vom 18. Januar 2006 — 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97 (111).

<sup>54</sup> BVerfG, Beschluss vom 18. Januar 2006 — 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97 (111 f.).

<sup>55</sup> *Kirchhof P.* Verfassungsrechtliche und steuersystematische Grundlagen der Einkommensteuerrecht // DSStJG 24 (2001)/ 9 (16); *Kirchhof P.* Handbuch des Staatsrechts, Band V. 3. Auflage 2007. § 118 Rn. 126 f.

<sup>56</sup> BVerfG, Beschluss vom 22. Juni 1995 — 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 (138).

<sup>57</sup> BVerfG, Beschluss vom 18. Januar 2006 — 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97

18.01.2006, отклоняясь от своей прежней позиции, из положений ст. 14 Основного закона не следует, что государство имеет право отчуждать в виде налогов не более половины совокупного дохода гражданина. Указанная норма требует лишь от законодателя при установлении налогов учитывать баланс между индивидуальными правами собственника и общественной функцией собственности. При этом свобода усмотрения законодателя весьма велика. Должно быть только гарантировано, что у налогоплательщика после исполнения всех налоговых обязательств останется в свободном распоряжении значительная часть полученных им в результате экономической деятельности средств.

Уровень реализации данного механизма целиком и полностью зависит от размера доходов. При высоких показателях дохода в распоряжении налогоплательщика остается значительная часть средств так же в случае с высокой налоговой ставкой. В связи с этим при подлежащем налогообложению доходе в 300 тыс. евро в год даже процентная ставка 60% являлась, по мнению ФКС, соразмерной<sup>58</sup>.

## **Свобода действий в соответствии со ст. 2 п. 1 Основного закона**

### **1. Значение свободы действий в налоговом праве**

Как и для всех законов, для налогового законодательства являются обязывающими положения ст. 20 п. 3 Основного закона, устанавливающие принцип правового государства. В соответствии с этой нормой законодательство подчинено конституционному порядку, а исполнительная и судебная власти подчинены законодательству. Из требований указанной статьи Федеральный Конституционный Суд выводит принцип законности налогообложения, принцип правовой определенности и запрет обратной силы закона.

Строго говоря, в отношении указанных принципов речь идет о совершенно объективных требованиях, которые должны соблюдать в своей деятельности государственные органы. Исследуемые принципы основываются на определенных субъективных правах граждан<sup>59</sup>. В то же время ФКС выделяет право гражданина на соблюдение государством принципов, зафиксированных в ст. 20 п. 3 Основного Закона, исходя из принципа свободы действия (нем. *allgemeine Handlungsfreiheit*), закрепленного в ст. 2 п. 1 Конституции<sup>60</sup>. Согласно данной норме, каждый индивид имеет право на свободное выражение своей личности, если только это не затрагивает прав других лиц и не противоречит законному порядку и принципам морали и нравственности. Из этого положения ФКС делает вывод, что гражданин не должен принимать те действия государства в налоговой сфере, которые не соответствуют общим принципам, закрепленным в ст. 20 п. 3 Основного Закона.

### **2. Принцип законности налогообложения**

В соответствии со ст. 20 п. 3 Конституции, исполнительная власть и правосудие связаны нормами закона. К исполнительной власти относятся и налоговые органы, в особенности финансовые службы (нем. *Finanzamt*). На основании названной конституционной нормы формулируется принцип законности налогообложения: любое налоговое обременение в отношении граждан должно иметь в качестве основы принятый парла-

<sup>58</sup> BVerfG, Beschluss vom 18. Januar 2006 — 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97 (114 f.).

<sup>59</sup> BVerfG, Beschluss vom 25. September 1992 — 2 BvL 5/91, BVerfGE 87, 153 (169); Birk D., *Desens M., Tappe H.* Op. cit. Rn. 172.

<sup>60</sup> BVerfG, Entscheidung vom 24. Juli 1957 — 1 BvL 23/52, BVerfGE 7, 89 (92); BVerfG, Beschluss vom 18. Januar 2006 — 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97 (108).

ментом (Бундестагом) закон<sup>61</sup>. Если налогоплательщику предъявлен к уплате налог, не основанный на действующем законе, он вправе обжаловать уведомление в финансовой службе, а при отклонении жалобы — обратиться в ФКС.

Если какое-либо правоотношение не урегулировано прямо нормами налогового права, но имеются нормы, регулирующие сходное правоотношение, возникает вопрос: может ли применяться налоговое законодательство по аналогии или это исключено на основании принципа законности налогообложения. По общему правилу, применение налогового законодательства по аналогии, связанное с ухудшением положения налогоплательщика, не допускается<sup>62</sup>. Федеральный финансовый суд допускает применение налогового законодательства по аналогии не в пользу налогоплательщика только в виде исключения — если очевидно, что законодатель по смыслу и цели толкуемой нормы имел в виду и такое правоотношение, с которым имеет дело суд при рассмотрении данного спорного вопроса<sup>63</sup>.

### 3. Принцип правовой определенности и ясности правовой нормы

Также из принципа правового государства исходит принцип правовой определенности. Закон, содержащий нормы налогового права, должен быть по своему содержанию, цели, предмету и сфере применения настолько ясным, чтобы налогоплательщик на основании его текста мог составить однозначное понятие, следуют ли и в каком объеме для него обязанности уплаты налогов в соответствии с этим законом<sup>64</sup>. Налогоплательщик должен иметь данные о налоговом обременении, которое ему предстоит нести с тем, чтобы выделить средства, необходимые для выполнения всех платежей. С этой целью законодатель должен формулировать налогово-правовые нормы максимально ясно, точно и однозначно<sup>65</sup>. На соблюдение принципа правовой определенности гражданин также имеет субъективное право, которое вытекает из принципа свободы действий.

Федеральный финансовый суд Германии обнаружил противоречие принципу правовой определенности, в частности, в ст. 3 п. 2 Закона о подоходном налоге в редакции последнего, которая действовала до 2003 г.<sup>66</sup> Смысл этой нормы был в установлении минимального налогообложения высоких доходов путем ограничения взаимозачета доходов и расходов разных типов. По мнению финансовых судей, данное положение вследствие нечеткой и противоречивой формулировки и бессистемности его структу-

<sup>61</sup> BVerfG, Urteil vom 24. Januar 1962 — 1 BvR 232/60, BVerfGE 13, 318 (328); BVerfG, Urteil vom 5. November 2014 — 1 BvF 3/11, BVerfGE 137, 350, Rn. 33; *Birk D., Desens M., Tappe H.* Op. cit. Rn. 172; *Fehrenbacher O.* Op. cit. § 1 Rn. 7.

<sup>62</sup> BVerfG, Urteil vom 24. Januar 1962 — 1 BvR 332/60, BVerfGE 13, 318 (328 f.); BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 1985 — 1 BvR 279/83, NJW 1985, 1891; BFH, Urteil vom 26. Januar 1977 — VIII R 109/75, BStBl. II 1977, 283 (287); BFH, Urteil vom 18. Februar 1977 — VI R 177/75, BStBl. II 1977, 524 (525); BFH, Urteil vom 26. April 1978 — I R 97/76, BStBl. II 1978, 628 (630).

<sup>63</sup> BFH, Urteil vom 20. Oktober 1983 — IV R 175/79, BStBl. II 1984, 221 (224); BFH, Urteil vom 24. März 1992 — VII R 39/91, BStBl. II 1992, 956 (957); BFH, Urteil vom 25. Februar 1997 — VII R 15/96, BStBl. II 1998, 2 (6).

<sup>64</sup> BVerfG, Urteil vom 14. Dezember 1965 — 1 BvR 571/60, BVerfGE 19, 253 (267); BVerfG, Beschluss vom 28. Februar 1973 — 2 BvL 19/70, BVerfGE 34, 348 (365); BVerfG, Beschluss vom 12. Oktober 1978 — 2 BvR 154/74, BVerfGE 49, 343 (362); BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 1986 — 2 BvL 7/84, BVerfGE 73, 388 (400); BVerfG, Beschluss vom 17. Juli 2003 — 2 BvL 1/99, BVerfGE 108, 186 (235); BFH, Beschluss vom 6. September 2006 — XI R 26/04, BStBl. II 2007, 167 (169).

<sup>65</sup> BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 1961 — 2 BvL 1/59, BVerfGE 13, 153 (160); BVerfG, Beschluss vom 10. November 1998 — 2 BvR 1057/91, BVerfGE 99, 216 (243); BVerfG, Beschluss vom 11. August 2008 — 2 BvL 5/03, BVerfGK 14, 135 (143).

<sup>66</sup> Urteil vom 6. September 2006 — XI R 26/04, BStBl. II 2007, 167 (169 ff.).

ры было трудно понимать даже специалистам, что противоречило принципу ясности правовой нормы и, следовательно, не являлось конституционным.

#### **4. Запрет обратной силы закона**

Из принципа правового государства ФКС также вывел так называемый «принцип обеспечения доверия»<sup>67</sup>. В правовом государстве гражданин должен быть уверен, что конституция и действующие законы соблюдаются государственными институтами. Правовое регулирование может быть изменено только законом, принятым надлежащим образом законодательным органом. С принципом обеспечения доверия несовместимо, к примеру, положение, когда механизм применения права изменяется, несмотря на то, что действующие законы остаются прежними. Также несовместима с указанным принципом ситуация, когда правоотношение, существовавшее к определенному моменту времени, было подвержено изменениям в связи с обратной силой нового закона. Из принципа правового государства следует принцип запрета обратной силы закона как особый случай принципа обеспечения доверия<sup>68</sup>. По общему правилу закон не может регулировать другим образом правоотношение, которое имело место в прошлом и к настоящему моменту завершилось.

Это применимо и к налоговому законодательству. Если в течение определенного периода (финансового года) налогоплательщик в соответствии с действующим законодательством не имел налоговых обязательств, то по истечении данного финансового года законодательство не может быть изменено в сторону отягощения налоговых отношений путем добавления новых обязательств к уже завершеному финансовому периоду<sup>69</sup>. Это привело бы к ситуации, при которой налогоплательщик, уверенный в заранее определенных правилах налогообложения, терпит существенные убытки в связи с необходимостью выплаты дополнительных материальных средств.

Если в конкретном правоотношении обосновывается необходимость уплаты налогов на основании закона, которому придана обратная сила, то данное требование противоречит принципу обеспечения доверия. Создание подобного рода искусственных налоговых обязательств с использованием обратной силы закона недопустимо и несовместимо с конституционным принципом правового государства. Против такого закона, а также против основанного на нем судебного или административного решения гражданин может обратиться с жалобой в ФКС.

## **Заключение**

Роль и значение основополагающих прав человека в немецком налоговом праве незыблемы и неоспоримы. Их конституционное происхождение накладывает на законодателя огромную ответственность в деле рационального и повсеместного внедрения оных в различные сферы налогового права. Несмотря на то, что указанные права явля-

<sup>67</sup> BVerfG, Urteil vom 19. Dezember 1961 — 2 BvL 6/59, BVerfGE 13, 261 (271); BVerfG, Beschluss vom 8. Juni 1977 — 2 BvR 499/74, BVerfGE 45, 142 (168).

<sup>68</sup> BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1981 — 1 BvL 28/77, BVerfGE 57, 361 (391); BVerfG, Beschluss vom 28. November 1984 — BvR 1157/82, BVerfGE 68, 287 (307); BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 — 1 BvR 2530/05, BVerfGE 126, 369 (391); BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 — 1 BvL 6/07, BVerfGE 132, 302, Rn. 41.

<sup>69</sup> BVerfG, Beschluss vom 14. Mai 1986 — 2 BvL 2/83, BVerfGE 72, 200 (242 ff.); BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2010 — 2 BvL 14/02, BVerfGE 127, 1 (16 ff.); BVerfG, Beschluss 10. Oktober 2012 — 1 BvL 6/07, BVerfGE 132, 302, Rn. 41 ff.

ются по своей материально-правовой форме обособленными и независимыми друг от друга, их практическое значение заключается в обособленном функциональном характере, придающем германской системе налогообложения социальные черты. С учетом данного факта основной задачей законодателя в обозримом будущем будет являться дальнейшая модернизация национальной налоговой системы с учетом современных веяний, а также имплементация европейских и международных постулатов с соблюдением закрепленных в налоговом праве основополагающих прав человека.

Пер. с нем. В.С. Беззубцева



### Библиография

- Beck V. Gleichstellung durch Öffnung der Ehe. Frankfurt am Main, 2010. 220 S.
- Birk D., Desens M., Tappe H. *Steuerrecht*. München, 2016. 517 S.
- Englich J. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des objektiven Nettoprinzips // Beihefter zu DStR. 2009. Heft 34. S. 92–100.
- Fehrenbacher O. *Steuerrecht*. 6. Auflage. Baden-Baden, 2016. 387 S.
- Goebel S., Eilinghoff K. (Nicht-)Konformität der Zinsschranke mit dem Grundgesetz und Europarecht? // DStZ. 2010. S. 550–562.
- Hey J. Körperschaft- und Gewerbesteuer und objektives Nettoprinzip // Beihefter zu DStR. 2009. Heft 34. S. 109–116.
- Tipke K. Das Nettoprinzip—Angriff und Abwehr, dargestellt am Beispiel des Werkstorprinzips // Betriebsberater. 2007. S. 1525–1533.
- Hömig D., Wolff H. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 11. Auflage. Baden-Baden, 2016. 972 S.
- Isensee J., Kirchhof P. *Handbuch des Staatsrechts*. Band V. Heidelberg, 2007. 1622 S.
- Jarass H., Pieroth B. *Kommentar zum Grundgesetz*. München, 2016. 1386 S.
- Kingreen T., Poscher R. *Grundrechte, Staatsrecht II*. 32. Auflage. Heidelberg, 2016. 380 S.
- Kirchhof P., Söhn H., Mellinshoff R. *Kommentar zum Einkommensteuergesetz* Heidelberg, 2016. 1200 S.
- Schneider S. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des objektiven Nettoprinzips // Beihefter zu DStR. 2009. Heft 34. S. 87–91.
- Tipke K., Lang J. *Steuerrecht*. 22. Auflage. Köln, 2015. 1564 S.
- Wernsmann R. Einkommensteuer und objektives Nettoprinzip // Beihefter zu DStR. 2009. Heft 34. S. 101 — 105.
- 

## The Significance of Fundamental Human Rights for German Tax Law



**Michael Stöber**

Professor, Christian Albrecht University of Kiel, Managing Director, Institute of Trade and Tax Law; Head, Department of Civil Law and Civil Procedure Law, German and International Tax Law, Commercial and Trade Law, LL.D. Address: 6 Leibnizstraße, Kiel 24118, Germany. E-mail: mstoeber@law.uni-kiel.de



### Abstract

The Constitution of the Federal Republic of Germany referred to as the Fundamental Law contains the catalogue of basic human rights. The rights specified in this catalogue of law is considered as im-

mediate directly applicable law and is binding for all government institutions, in particular its legislative branch. Fundamental rights directly concern tax legislation with a special influence on legal and economic life of society. The specifics of this branch of law is reflected in the opinions of the Federal Constitutional Court of Germany showing the necessity of strict correspondence of tax legislation fixed in the Constitution by fundamental law. A special focus is given to the fixed in the constitution right to equality (the principle of charging taxes in proportion to the economic solvency, the principle of objective and subjective net taxation) and other fundamental rights (protection of the right of property, protection of family and marriage). Besides, the laws including the norms of tax law should meet the requirements resulting from the principle of rule of law state specified in the Fundamental Law. These requirements include in particular the obligatory procedure of parliamentary approval of tax laws and a proper level of legal certainty of a law to be approved and the ban on the retroactive effect on tax laws. The paper outlines the German tax law and its sources as well as the system of tax bodies in Germany, classifies taxes by the object of taxation. Then on the basis of analyzing practice of the German Federal Constitutional Court, Superior Financial Court and courts of general jurisdiction, the paper reveals the relevance of the major laws and the principle of rule of law state for German tax law concerning natural person taxation.

Citation: Shtöber M. (2017) Significance of the Fundamental Human Rights for German Tax Legislation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 216–231 (in Russian)

DOI:10.17323/2072-8166.2017.4.216.231



## Keywords

human rights, Fundamental Law, German tax system, Federal Constitutional Court, income tax, tax capital gains, principle of subjective net-taxation, principle of objective net-taxation.



## References

- Beck V. (2010) *Gleichstellung durch Öffnung der Ehe*. Frankfurt am Main: FPR, 220 S.
- Birk D., Desens M., Tappe H. (2016) *Steuerrecht*. 19 Aufl. München: C.H. Beck, 517 S.
- Englisch J. (2009) Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des objektiven Nettoprinzips. *Beihefter zu DStR*. Heft 34, S. 92–100.
- Fehrenbacher O. (2016) *Steuerrecht*. 6. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 387 S.
- Goebel S., Eilinghoff K. (2010) (Nicht-)Konformität der Zinsschranke mit dem Grundgesetz und Europarecht? *Deutsche Steuerzeitung*, no. 15, S. 550–562.
- Hey J. (2009) Körperschaft- und Gewerbesteuer und objektives Nettoprinzip. *Beihefter zu DStR*. Heft 34, S. 109–116.
- Hömig D., Wolff H. (2016) *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos, 972 S.
- Isensee J., Kirchhof P. (2007) *Handbuch des Staatsrechts*. Band V. 3 Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 1622 S.
- Jarass H., Pieroth, B. (2016) *Kommentar zum Grundgesetz*. 14 Aufl. München: C.H. Beck, 1386 S.
- Kingreen T., Poscher R. (2016) *Grundrechte, Staatsrecht II*. 32 Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 380 S.
- Kirchhof P., Söhn H., Mellinshoff R. (2016) *Kommentar zum Einkommensteuergesetz*. Heidelberg: C.F. Müller, 1200 S.
- Schneider S. (2009) Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des objektiven Nettoprinzips. *Beihefter zu DStR*. Heft 34, S. 87–91.
- Tipke K. (2007) Das Nettoprinzip—Angriff und Abwehr, dargestellt am Beispiel des Werkstorprinzips. *Betriebsberater*. Heft 28, S. 1525–1533.
- Tipke K., Lang J. (2015) *Steuerrecht*. 22. Auflage. Köln: Schmidt, 1564 S.
- Wernsmann R. (2009) Einkommensteuer und objektives Nettoprinzip. *Beihefter zu DStR*. Heft 34. S.101–105.

**1/2017**

---

**Правовая мысль: история и современность**

**М.В. Мажорина**

Lex mercatoria: средневековый миф или феномен глобализации? ..... 4

**Российское право: состояние, перспективы, комментарии**

**С.Н. Шевердяев**

Влияние антикоррупционных институтов российской административной реформы на развитие конституционного законодательства ..... 20

**И.В. Панова**

Развитие административного судопроизводства и административной юстиции в России..... 32

**О.А. Кузнецова**

Административный порядок защиты гражданских прав ..... 42

**М.И. Ловков**

Об отдельных запретах и ограничениях прав работников государственных корпораций ..... 59

**О.Ю. Павловская**

О месте отношений по трудоустройству в предмете российского трудового права ..... 69

**A.N. Kozyrin, T.N. Troshkina**

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

**Право в современном мире**

**И.В. Гетьман-Павлова, А.С. Касаткина**

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

**Р.С. Резник**

Альтернативные способы разрешения международных споров из договоров с участием потребителя..... 111

**А.П. Клементьев**

Международные инструменты гармонизации законодательства о ликвидационном неттинге ..... 122

**Е.С. Батусова**

Модели правового регулирования коллективных увольнений в зарубежных странах ..... 132

**Й. Стиеранка, О.А. Бусарова**

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

**И.В. Ирхин**

Основы конституционного статуса Монсеррата как заморской территории Великобритании..... 166

**M.G. Shilina**

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

**Дискуссионный клуб**

**Л.В. Терентьева**

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

**А.А. Ефремов**

Формирование концепции информационного суверенитета государства..... 201

**К.С. Ючинсон**

Большие данные и законодательство о конкуренции ..... 216

**Правовая мысль: история и современность****С.А. Сеницын**

Экономический анализ права и его место в цивилистической методологии..... 4

**И.А. Кузьмин**

Формально-юридический метод в составе методологии компаративистского исследования..... 18

**Ф.Б. Гребенкин, Л.К. Савюк**

И.А. Ильин о насилии и различных формах принудительного воздействия ..... 30

**Российское право: состояние, перспективы, комментарии****О.В. Гутников**

Деление недействительных сделок на ничтожные и оспоримые: основные идеи и результаты реформирования Гражданского Кодекса Российской Федерации..... 48

**А.И. Фридман**

Понятие инвестиционного фонда и инвестиционного юридического лица ..... 68

**М.С. Кривогин**

Особенности правового регулирования биометрических персональных данных ..... 80

**А.Я. Петров**

Ответственность по трудовому праву России: о новой концепции института..... 90

**Д.Е. Зайков**

Противодействие nepотизму в трудовых отношениях: правовое регулирование и проблемы правоприменения ..... 102

**E. Gerasimova, T. Korshunova, D. Chernyaeva**

New Russian Legislation on Employment of Teleworkers: Comparative Assessment and Implications for Future Development ..... 116

**И.Ф. Амельчаков**

Концепция административно-правового статуса полиции в современной России ..... 130

**И.И. Нагорная**

Жестокое обращение с ребенком как оценочное уголовно-правовое понятие ..... 142

**А.С. Шаталов**

Алгоритмизация и программирование расследования преступлений в системе криминалистической методики ..... 155

**С.Ю. Казаченок**

Имплементация принципов международного коммерческого арбитража в российское законодательство о третейских судах..... 173

**Право в современном мире****Ю.С. Ромашев, Н.В. Остроухов**

Практика как основа формирования международного обычая..... 186

**Н.Ю. Ерпылева, Д.М. Максимов**

Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений: национальное и региональное измерение..... 200

**Д.С. Боклан**

Евразийский экономический союз и Всемирная торговая организация: соотношение правовых режимов..... 223

**Т.Н. Трошкина**

Администрирование таможенных платежей в государствах-членах ЕАЭС: вопросы правового регулирования ..... 237

**Российское право: состояние, перспективы, комментарии****А.Н. Рыков**

Соотношение государственного и муниципального интересов как интересов, возникающих в сфере публичной власти ..... 4

**В.Д. Мазаев**

Публичная форма собственности как инструмент конституционно-правового регулирования экономики ..... 19

**О.В. Добровлянина, К.С. Кондратьева, К.В. Патырбаева**

Виды незаконных банкротств в Российской Федерации: некоторые проблемы правового регулирования ..... 34

**А.А. Ялбулганов**

Правовой режим платежей за пользование недрами и обеспечение фискальных интересов Российского государства ..... 50

**Е.С. Пирогова, Ю.Д. Жукова**

Содержание обязанностей участника корпорации на современном этапе развития гражданского законодательства: анализ правовых позиций ..... 74

**В.Е. Круковский, И.Н. Мосечкин**

Нефизическое насилие в уголовном праве: понятие и признаки ..... 89

**Право в современном мире****А.С. Исполинов**

Что скрывается за броским термином «интеграционное правосудие»? ..... 105

**А.С. Касаткина, И.Ф. Рудерман**

Прецедентное право Европейского союза и его влияние на регулирование вопросов признания правосубъектности юридических лиц ..... 121

**О.И. Пименова**

Правовая интеграция в ЕС и ее «национальное» измерение ..... 136

**А.Н. Мочалов**

Территориальное устройство государства как способ управления этническим многообразием (конституционно-правовое регулирование в странах БРИКС) ..... 154

**К.Е. Сюрмеев**

Параллельные разбирательства в практике разрешения трансграничных споров: сравнительно-правовой анализ законодательства иностранных государств ..... 174

**D.V. Korf**

Commodity Nomenclature and Classification of Goods for Customs Purposes in the Eurasian Economic Union ..... 188

**О.Е. Савенко**

Некоторые аспекты правового регулирования последствий заключения трансграничных браков ..... 199

**Д.В. Лоренц**

Уступка виндикационного требования как способ суррогатной передачи вещи в Германии и перспективы в России ..... 210

**П.Н. Дудин, З.Ф. Хусаинов**

Правовые акты Маньчжоу-Го и Мэнцзяна: сравнительный анализ ..... 224

**Дискуссионный клуб****С.И. Луценко**

Корпоративное управление в современных правовых реалиях ..... 239

**Legal Thought: History and Modernity**

**M.V. Mazhorina**

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

**Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**

**S.N. Sheverdyayev**

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

**I.V. Panova**

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

**O.A. Kuznetsova**

Administrative Procedure of the Civil Rights Protection ..... 42

**M.I. Lovkov**

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

**O.Yu. Pavlovskaya**

On Employment Relations as Part of Russian Labour Law ..... 69

**A.N. Kozyrin, T.N. Troshkina**

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

**Law in the Modern World**

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

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

**R.S. Reznik**

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

**A.P. Klementiev**

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

**E.S. Batusova**

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

**J. Stieranka, O. Busarova**

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

**I.V. Irkhin**

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

**M.G. Shilina**

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

**Discussion Club**

**L.V. Terent'eva**

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

**A.A. Efremov**

Formation of the Concept of Information Sovereignty of the State ..... 201

**C.S. Hutchinson**

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

**Legal Thought: History and Modernity**

**S.A. Synitsyn**

Economic Analysis and Its Place within the Methodology of Civil Law ..... 4

**I.A. Kuzmin**

Formal Legal Method as a Part of Comparative Studies Methodology ..... 18

**F.B. Grebenkin, L.K. Savyuk**

I.A. Ilyin on Violence and Different Forms of Forced Exposure ..... 30

**Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**

**O.V. Gutnikov**

Division of Invalid Transactions into Null and Voidable in Civil Law: Ideas and Results of the Russian Civil Code Reform ..... 48

**A.I. Fridman**

Concepts of Investment Fund and Investment Legal Entity ..... 68

**M.S. Krivogin**

Peculiarities of Legal Regulating Biometric Personal Data ..... 80

**A.Y. Petrov**

Liability under Russian Labour Law: New Concept of the Institute ..... 90

**D.E. Zaykov**

Combating Nepotism in Labour Relations: Legal Regulation and Enforcement ..... 102

**E. Gerasimova, T. Korshunova, D. Chernyaeva**

New Russian Legislation on Employment of Teleworkers: Comparative Assessment and Implications for Future Development (in English) ..... 116

**I.F. Amelchakov**

Conception of Administrative and Legal Status of Police Forces in Modern Russia ..... 130

**I. I. Nagornaya**

Child Abuse as Estimating Concept of Criminal Law ..... 142

**A.S. Shatalov**

Algorithmization and Programming of Investigation in the Criminalistics Methodology ..... 155

**S.Yu. Kazachenok**

Implementing International Commercial Arbitration Principles in the Russian Legislation ..... 173

**Law in the Modern World**

**Yu.S. Romashev, N.V. Ostroukhov**

Practice as a Basis of Forming International Custom ..... 186

**N.Yu. Erpyleva, D.M. Maksimov**

Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: National and Regional Dimensions ..... 200

**D.S. Boklan**

Eurasian Economic Union and World Trade Organization: Interrelation of Legal Regimes ..... 223

**T.N. Troshkina**

Legal Regulation of Administering Customs Payments in EAEU States ..... 237

**Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**

**A.N. Rykov**

Correlation between State and Municipal Interests as Public Authority Interests ..... 4

**V.D. Mazaev**

Public Form of Property as an Instrument of Constitutional Law Regulation of the Economy..... 19

**O.V.Dobrovlyanina, K.S.Kondratieva, K.V. Patyrbaeva**

Types of Bankruptcy Fraud in the Russian Federation: Issues of Legal Regulation..... 34

**A.A. Yalbulganov**

Legal Status of Payments for Subsoil Use and Securing Fiscal Interests of the Russian State..... 50

**E.S. Pirogova, J.D. Jukova**

Contents of Legal Obligations of a Shareholder under Current Civil Legislation:

Analysis of Legal Approaches ..... 74

**V.E. Krukovsky, E.N. Mosechkin**

Nonphysical Violence in Criminal Law: Definition and Signs ..... 89

**Law in the Modern World**

**A.S. Ispolinov**

What Means Loud Term “Integration Unions” ? ..... 105

**A.S. Kasatkina, I.F. Ruderman**

Case Law of European Union and its Impact on the Regulation

of Recognizing Legal Capacity of Legal Persons ..... 121

**O.I. Pimenova**

Legal Integration in the EU and its ‘National’ Aspect ..... 136

**A.N. Mochalov**

Territorial Structure of State as a Tool of Ethnic Diversity Management

(Constitutional Law Regulation in the BRICS Countries)..... 154

**K.E. Syurmeev**

Parallel Litigation in Cross-Border Disputes Practice: Comparative Analysis of Foreign Legislation ... 174

**D.V. Korf**

Commodity Nomenclature and Classification of Goods for Customs Purposes

in the Eurasian Economic Union (in English) ..... 188

**O.E. Savenko**

Some Aspects of Legal Regulating Cross-Border Marriages ..... 199

**D.V. Lorentz**

The Cession of the Vindication Claim as a Way of the Property Transfer

Surrogate in Germany and Prospects in Russia..... 210

**P.N. Dudin, Z.F. Husainov**

Legal Acts of Manchukuo and Mengjiang: Comparative Analysis ..... 224

**Discussion Club**

**S.I. Lutsenko**

The Corporate Governance in Modern Legal Realities ..... 239

**Журнал учрежден** в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

**Главные задачи:**

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

**Основные темы:**

Правовая мысль (история и современность)  
Портреты ученых-юристов  
Российское право: состояние, перспективы, комментарии  
Судебная практика  
Право в современном мире  
Реформа юридического образования  
Научная жизнь  
Дискуссионный клуб  
Рецензии

**Журнал рассчитан** на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

**Журнал выходит** раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных: Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

# АВТОРАМ

## Требования к оформлению текста статей

**Представленные статьи** должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

**Статья представляется** в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru  
Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113  
Рукописи не возвращаются.

### Объем статьи

Объем статей до 1 усл. п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл. п.л.

**При наборе текста** необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сноска — 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 содержание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

**Сведения, содержащиеся в заглавии статьи**, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

**Исторические справки**, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

### Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

### Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

### Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации JEL.

### Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

**Статьи рецензируются.** Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

**Плата с аспирантов** за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации  
«Право. Журнал Высшей школы экономики»  
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.  
выдано Федеральной службой по надзору  
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*  
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*  
Художник *А.М. Павлов*  
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*  
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 08.12.2017. Формат 70×100/16  
Усл. печ. л. 14,0. Тираж 600 экз.